



UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y
SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**“Las Excepciones Dilatorias y Perentorias en la Defensa
del Juicio Civil”**

Tesis previa a la obtención del Título de:
ABOGADA

AUTORA: Borbor Chamba Liliana Elizabeth
E-mail: lily_borbor@hotmail.com

TUTOR: DR. MSc. Muñoz Pazmiño Cesar

Septiembre, 2014
Quito

DEDICATORIA

*A mi madre, Regina Isabel Chamba Erreis por estar siempre a mi lado,
por enseñarme que en la vida no hay cosas imposibles, por su amor,
cariño, esfuerzo y apoyo incondicional.*

*A mi papito José Chamba que siempre ha estado conmigo en los
buenos y malos momentos, por haberme brindado su cariño durante toda
mi trayectoria de mis estudios.*

*A todos mis familiares, quienes han contribuido
inconmensurablemente en mi formación como ser humano.*

AGRADECIMIENTO

A Dios todo poderoso por haberme brindado la oportunidad de seguir con vida, para continuar realizando mis sueños.

Agradezco a la Universidad Central del Ecuador y en especial a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales, Escuela de Derecho, por haberme abierto sus puertas durante estos años y brindarme la oportunidad para desarrollarme como profesional y prepararme para enfrentar nuevos retos.

Al Doctor Cesar Muñoz Pazmiño, por haberme brindado su apoyo, esfuerzo y colaboración en la realización de mi tesis.

Agradezco a mis padres por su apoyo incondicional.

DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD

Quito, 30 de Septiembre de 2014

Yo, Liliana Elizabeth Borbor Chamba, en calidad de autor de la investigación con cedula de ciudadanía No 0704421221, libre y voluntariamente DECLARO, que el trabajo de Grado titulado: “LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS EN LA DEFENSA DEL JUICIO CIVIL” Es de mi plena autoría, original y no constituye plagio o copia alguna, constituyéndose en un documento único, como mandan los principios de la investigación científica, de ser comprobado lo contrario me someto a las disposiciones legales pertinentes.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.

Atentamente,



Liliana Elizabeth Borbor Chamba

CC.: 0704421221

Correo: lily_borbor@hotmail.com

AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL

Yo, Liliana Elizabeth Borbor Chamba, en calidad de autora del plan de la tesis titulada: “LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS EN LA DEFENSA DEL JUICIO CIVIL”, por medio de la presente autorizo a la UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, hacer uso de todos los contenidos que me pertenecen o parte de los que contienen esta obra, con fines estrictamente académicos o de investigación.

Los derechos que como autor me corresponden, con excepción de la presente autorización, seguirán vigentes a mi favor, de conformidad con lo establecido en los artículos 5, 6, 8; 19 y demás pertinentes de la Ley de Propiedad Intelectual y su Reglamento.

Quito D.M., a 30 de Septiembre de 2014



FIRMA _____

CC.: 0704421221

APROBACIÓN DEL TUTOR

Quito, a 01 de octubre del 2014

Sra. Dra.
Yolanda Yupangui,
**DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLITICAS Y
SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR,**
Presente.-

De mi consideración:

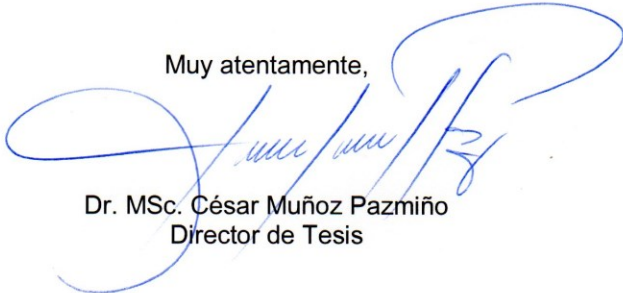
En relación con la tesis de la postulante LILIANA ELIZABETH BORBOR CHAMBA: **LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS EN LA DEFENSA DEL JUICIO CIVIL.**, para la obtención del Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República, cúpleme expresar lo siguiente:

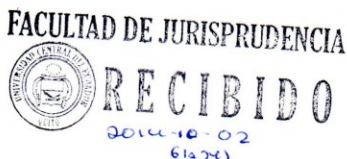
La autora, ha concluido la investigación sujetándose al plan de Tesis oportunamente presentado y bajo la supervigilancia e instrucciones impartidas por el suscrito.

Por lo expuesto, es procedente la designación del respectivo Tribunal para que califique la mencionada Tesis.

Salvo su mejor criterio.

Muy atentamente,


Dr. MSc. César Muñoz Pazmiño
Director de Tesis



APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO

Los miembros del Tribunal de Grado aprueban el trabajo de investigación titulado: “LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS EN LA DEFENSA DEL JUICIO CIVIL” de acuerdo con las disposiciones reglamentarias emitidas por la Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador para títulos de pregrado.

Quito, 29 de septiembre de 2014

Para constancia firman:

TRIBUNAL DE GRADO

F/.....

N

F.....

N

F.....

N

INDICE DE CONTENIDOS

Portada	i
DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DECLARATORIA DE ORIGINALIDAD.....	iv
AUTORIZACIÓN DE LA AUTORÍA INTELECTUAL.....	v
APROBACIÓN DEL TUTOR.....	vi
APROBACIÓN DEL TRIBUNAL DE GRADO	vii
INDICE DE CONTENIDOS.....	viii
TABLA DE CUADROS, FIGURAS Y GRÁFICOS	xii
RESUMEN EJECUTIVO	xiii
ABSTRACT.....	xiv
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	3
1. EL PROBLEMA	3
1.1. Planteamiento el problema	3
1.1.1. Ubicación del problema en un contexto socio cultural	3
1.1.2. Delimitación del problema	4
1.2. Formulación del problema.....	4
1.3. Evaluación del problema.....	4
1.4. Objetivos de la investigación.....	4
1.4.1. Objetivo General	4
1.4.2. Objetivos Específicos	5
1.5. Justificación	5
CAPITULO II	6
2. MARCO TEÓRICO	6
2.1. Antecedentes de la investigación.....	6
2.2. Fundamentación Teórica	7
2.2.1. El derecho en el juicio civil:	7
2.3. Antecedentes históricos	29
2.3.1. Historia del derecho a la defensa	29
2.4. Fundamento legal	32
2.4.1. Constitución de la República del Ecuador	32
2.4.2. Código Civil.....	32
2.4.3. Código de Procedimiento Civil	32

2.5. Definición de términos básicos.....	34
2.6. Hipótesis	36
2.7. Caracterización de las variables	36
2.7.1. Variable Independiente:.....	36
2.7.2. Variable Dependiente	36
Cuerpo de la investigación	37
Titulo 1.....	37
1.1. Necesidad de la defensa	37
1.2. La comparecencia y rebeldía	40
1.3. El derecho del demandado a defenderse	45
1.4. La excepción como medio de defensa	48
Titulo 2.....	51
2.1. Las excepciones	51
2.2. Concepto.-	53
2.3.. Clasificación de las excepciones	56
Titulo 3.....	60
3. Ilegitimidad de personería	60
3.1. Falta de legítimo contradictor.....	61
3.2. Indebida integración del litis consorcio.-	63
3.3.- Incompetencia.-	65
3.4. Primacía de la pretensión procesal.-	67
3.5. Violación de trámite	68
Titulo 4.....	69
4. Excepciones dilatorias y perentorias.	69
4.1. Excepción de competencia del juez.....	75
4.2. Excepción de ilegal intervención.-	75
4.3. Excepción de falta de personería	75
4.5. Excepción al modo de proponer la demanda	79
4.6. Excepción de plazo pendiente o plazo vencido.-	81
4.7. Excepcion de acumulacion de autos	82
4.8. Excepción de litispendencia	83
4.9. Excepción relativa al modo de sustanciar la causa	86
4.10. Excepción de beneficio de competencia.-	86
4.11. Excepción de saneamiento	88
4.12. La excepción dilatoria de mediación y de convenio arbitral.-.....	89
4.13. Excepciones perentorias	89

4.14. Excepción de extinción de obligación por convención de las partes.....	93
4.15. Excepción de extinción de obligación por pago o solución.-	94
4.16. Excepción de extinción de obligación por novación.-	94
4.17. Excepción de extinción de obligación por haber transacción	95
4.18. Excepción de extinción de obligación por remisión	95
4.19. Excepción de extinción de obligación por compensación.....	96
4.20. Excepción de extinción de obligación por confusión.....	98
4.21. Excepción de extinción de obligación por perdida de la cosa que se debe.-	99
4.22. Excepción de obligación por declaración de nulidad o por la rescisión	99
4.23. Excepción de extinción de obligación por el evento de la condición resolutoria.-.....	100
4.24. Excepción de extinción de obligación por prescripción.....	100
4.25. Excepción de cosa juzgada.-.....	102
4.26. Excepción de improcedencia	104
Titulo 5.....	106
5. Como proponer las excepciones	106
5.1 Diversas formas de sustanciar los juicios y su defensa	106
5.2 Reforma a las excepciones	108
5.3 Excepciones que pueden proponerse para cada clase de juicio.....	109
CAPITULO III.....	113
CUERPO METODOLÓGICO	113
3.1 Tipos de investigación.....	113
3.2 Población o muestra	114
3.3 Métodos.....	114
3.3.3. Método Deductivo.....	115
3.3.4. Método Analítico.....	115
3.3.5. Método Sintético	115
3.3.6. Método Exegético	115
3.4. Técnicas	116
3.4.1 Técnicas e instrumentos de la investigación	116
3.4.2. Observación.-	116
3.4.3. Encuestas	116
3.4.5 Instrumentos.-.....	116
3.4.5.1. Confiabilidad.-.....	117
3.4.5.2 Formulario del Cuestionario	117
CONCLUSIONES	123
RECOMENDACIONES	124

CAPITULO IV	125
4. PROPUESTA	125
4.1. Justificación	125
4.2.1. Objetivos	126
4.2.1. Objetivo General	126
4.2.2. Objetivos Específicos	126
4.3. Ubicación sectorial y física	126
4.3.1. Mapa	127
4.4. Beneficiarios	128
4.4.1. Beneficiarios directos	128
4.4.2 Beneficiarios indirectos	128
4.5 Factibilidad.....	128
4.5.1 Factibilidad interna.....	128
4.5.2 Factibilidad externa	128
4.6 Descripción de la propuesta.....	129
4.7. Cronograma de actividades	129
4.8 Presupuesto	129
4.9. Impactos	130
Bibliografía	131

TABLA DE CUADROS, FIGURAS Y GRÁFICOS

Cuadro N°1	114
¿Cree usted que hay una correcta aplicación de las excepciones en los juicios civiles en el cantón Quito?	119
Cuadro N°2.....	119
Gráfico N° 1	119
¿Qué entiende usted por excepciones?	120
Cuadro N°3.....	120
Gráfico N° 2	120
¿Qué entiende por excepciones dilatorias?	121
Cuadro N°4.....	121
Gráfico N° 3	121
¿Qué entiende usted por excepciones perentoria?	122
Cuadro N°5.....	122
Gráfico N° 4	122
Mapa del Ecuador	127
Mapa de Quito.....	127
Cuadro N° 5 de Cronograma.....	129
Cuadro N° 7 presupuesto	129

RESUMEN EJECUTIVO

“LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS EN LA DEFENSA DEL JUICIO CIVIL”.

En el presente trabajo he descrito los diferentes temas que engloban las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil, desde la acción, las diversas clases de acción, su clasificación y la contestación a la demanda, que implica en proponer las excepciones, con el fin de poder establecer con claridad una defensa adecuada, tanto al actor quién es el que propone la demanda como al demandado al contestar la misma y al conocer que las excepción surge conforme se desarrolla las relaciones humanas, por ello trataremos de acercarme a su historia y evolución, así como delimitar y establecer las diferencias entre el derecho de defensa y el concepto de excepción, tomando en cuenta que en ocasiones se usan estos términos para enunciar lo mismo, lo que produce una confusa aplicación de ellos, por lo que es importante analizar las excepciones que puede alegar el demandado en proceso civil. Y además Se cree que es posible Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil, por lo que es factible reformar la forma de plantear las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil

Palabras claves del tema

Derecho

Defensa

Excepciones

Dilatorias

Juicio

Medio

Perentorias

ABSTRACT

“DILATORY AND PEREMPTORY EXCEPTIONS FOR THE DEFENSE DURING THE COURSE OF A CIVIL LAWSUIT”

As part of this work I have described the various themes comprising dilatory and peremptory exceptions existing for the defense during a civil lawsuit. Beginning with the *sue per se*, the various types of appeals, classification thereof and contestation of the plea, exemptions may be lodged in order to clearly set forth an adequate defense for both the plaintiff initiating the demand and the defendant at the time of contestating same as they arise at the time the appeal is lodged, and in accordance with the development of human relations. Hence, we shall make an attempt at analyzing historical background and evolution, and also identifying and putting a limit to differences between the right to a defense and the concept of the exception, bearing in mind that on occasion these terms are used to enunciate the same issue. This results in a confusing application of such resources; it is important to analyze the exception which the defendant may interpose during the course of a civil procedure. Additionally, we believe it is possible to pinpoint what the dilatory and peremptory exceptions are and the manner in which the latter may be used as part of the defense during the course of a civil lawsuit; therefore, it is possible to amend the manner in which such dilatory and peremptory exceptions are applied during the course of the defense made under a civil lawsuit.

Keywords:

Right

Defense

Exceptions

Dilatory

Lawsuit

Means

Peremptory

I certify that I am fluent in both English and Spanish and that I have prepared the attached translation from the original in the Spanish language, to the best of my knowledge and belief.

G Faini de López

Gioconda Faini de López, I.D. 170274951-4 Page 1 of 1 Date: 2014-10-02

TOP NOTCH

RUC: 1703398584001

INTRODUCCIÓN

El trabajo de tesis que se presenta a continuación trata como problema jurídico-social, las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil, ya que debido a muchos factores en la aplicación de las mismas no han sido posible.

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, que harán efectivas las garantías del debido proceso. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo, mandato que se complementa con los principios de simplificación, uniformidad, eficacia y agilidad de los trámites, y en todas sus etapas, los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley. Hoy día el proceso moderno considera a la litis como un fenómeno social y reconoce en el juez en ejercicio de una función pública que como el legislador busca garantizar la efectividad de los principios que hacen posible la convivencia de los individuos. No es la habilidad ni mucho menos la mala fe, sino la razón jurídica la que debe determinar la sentencia para que esta sea justa y satisfaga el interés colectivo.

Y además Se cree que es posible Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil, por lo que es factible reformar la forma de plantear las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil

El presente trabajo de investigación consta del siguiente contenido:

CAPITULO I EL PROBLEMA: Planteamiento el problema, Ubicación del problema en un contexto socio cultural, Delimitación del problema, Formulación del problema, Evaluación del problema, Objetivos de la investigación, Objetivo General, Objetivos Específicos, Justificación.

CAPITULO II Marco teórico: Antecedentes de la investigación, Fundamentación Teórica, El derecho en el juicio civil, Antecedentes históricos, Historia del derecho a la defensa, Fundamento legal, Constitución de la República del Ecuador, Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Definición de términos básicos, Hipótesis, Caracterización de las variables, Variable Independiente, Variable Dependiente,

CAPITULO III CUERPO METODOLÓGICO: Tipos de investigación, Población o muestra, Métodos, Método Científico, Método Inductivo, Método Deductivo, Método Analítico, Método Sintético, Método Exegético, Técnicas, Técnicas e instrumentos de la investigación, Observación, encuestas, Instrumentos, Confiabilidad, Formulario del Cuestionario, CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES.

CAPITULO V Propuesta: Justificación, Objetivos, Objetivo General, Objetivos Específicos, Ubicación sectorial y física, Mapa, Beneficiarios, Beneficiarios directos, Beneficiarios indirectos,

Factibilidad, Factibilidad interna, Factibilidad externa, Descripción de la propuesta, Fases del proyecto, Cronograma de actividades, Presupuesto, Impactos.

Bibliografía

CAPITULO I

1. EL PROBLEMA

Tema: “LAS EXCEPCIONES DILATORIAS Y PERENTORIAS EN LA DEFENSA DEL JUICIO CIVIL”

1.1. Planteamiento el problema

1.1.1. Ubicación del problema en un contexto socio cultural

El Derecho surge en la historia de la humanidad para regular las relaciones entre las personas, con el fin de que la vida humana se desarrolle plenamente, el Derecho entonces, dirige, encausa, tutela, previene y castiga, siendo una de las relaciones primarias, aquellas que se establece entre quien asegura ser el titular de un derecho que es violado y aquél que se defiende de tal aseveración, colocándonos entonces en el marco de referencia, del ataque y la defensa de la acción y la excepción. Siendo esta última, el tema que el presente trabajo, pretende desarrollar, aunque no a plenitud, por lo menos dar una visión panorámica de lo que tal concepto encierra desde sus inicios hasta los conceptos más modernos que podemos encontrar.

La excepción surge conforme se desarrolla las relaciones humanas, por ello trataremos de acercarme a su historia y evolución, así como delimitar y establecer las diferencias entre el derecho de defensa y el concepto de excepción, tomando en cuenta que en ocasiones se usan estos términos para enunciar lo mismo, lo que produce una confusa aplicación de ellos.

La finalidad del presente proyecto de tesis es tener claro como poder aplicar las distintas excepciones que permite nuestro ordenamiento jurídico.

1.1.2. Delimitación del problema

Contexto macro: Derecho constitucional

Contexto meso: Derecho procesal

Contexto micro: Derecho procesal civil

1.2. Formulación del problema

¿Cómo aplicar las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil?

1.3. Evaluación del problema

La excepción surge conforme se desarrolla las relaciones humanas, por ello trataremos de acercarme a su historia y evolución, así como delimitar y establecer las diferencias entre el derecho de defensa y el concepto de excepción, tomando en cuenta que en ocasiones se usan estos términos para enunciar lo mismo, lo que produce una confusa aplicación de ellos, por lo que la finalidad del presente proyecto de tesis es tener claro como poder aplicar las distintas excepciones que permite nuestro ordenamiento jurídico.

1.4. Objetivos de la investigación

1.4.1. Objetivo General

Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil.

1.4.2. Objetivos Específicos

- Analizar las excepciones que puede alegar el demandado en proceso civil.
- Determinar los principales problemas por los cuales no son aplicadas correctamente las excepciones dilatorias y perentorias.
- Comparar la legislación ecuatoriana con otros países para ver como defienden los distintos procesos civiles.
- Crear un instrumento que sirva de guía para contestar adecuadamente a una demanda civil.

1.5. Justificación

El presente trabajo busca ilustrar de qué manera se puede aplicar las distintas excepciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico, debido a que en la mayor parte de juicios se pierden al momento de contestar la demanda, al no hacerlo de la manera correcta, puesto que, si bien es cierto, nuestro Código de Procedimiento Civil nos dice qué excepciones podemos proponer al momento de contestar la demanda pero no determina con claridad cómo hacerlo, puesto que se desconoce el verdadero alcance de las mismas

El estudio de las excepciones en juicio: demanda- excepciones, es como: la resistencia, repulsa oposición, reproche o contra ataque que tiene el demandada en contra de las pretensiones del actor, constituye a su vez no solo una de las garantías del derecho a la defensa contemplado en la constitución de la República de Ecuador.

La factibilidad de aplicar correctamente las excepciones sirven al demandado para evitar una sentencia adversa, ya que al estudiar profundamente podremos dilucidar de mejor manera las ideas al momento de defender a las personas que se han visto afectadas en su derechos, ya que éstas son importantísimas al momento de defender cualquier juicio.

En la presente investigación jurídica hare hincapié en las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil, ya que el tema de esta investigación es de gran trascendencia e importancia, por lo que es un tema innovador. Por ende se busca establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil ya que en la actualidad se usan estos términos para enunciar lo mismo (excepciones dilatorias y perentorias), lo que produce una confusa aplicación de las mismas.

CAPITULO II

2. MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Revisando nuestro Código de Procedimiento Civil, sobre el tema de investigación que pretendo realizar, he podido constatar que no existe una norma clara, precisa y eficaz, que determine la forma como aplicar las excepciones dilatorias y perentorias al momento de contestar la demanda.

Mi trabajo también pretende hacer un recuento histórico sobre el medio de defensa llamado acción, para aquello tenemos que hablar de derecho romano, pues ahí nacen todas las instituciones jurídicas que hasta hoy están en vigencia, además de la evolución que han tenido estas instituciones hasta la actualidad, pues mi objetivo fundamental es la relación paralela en relación al actor y la finalidad del Derecho Procesal Civil, al tener claro que las pretensiones de ambas partes procesales, y poder tutelar los derechos en litigio a fin de dar a cada quién lo que le corresponde, dando así una satisfacción comprendida dentro de los parámetros del Derecho Sustantivo, intereses que deban ser satisfechos siempre y cuando estén contemplados en la ley.

Para palabra acción en sentido técnico procesal, se designa al derecho, facultad o poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del Estado.

La palabra excepción es considerada como sinónimo de defensa, pues todos tenemos derecho a la defensa y no se puede condenar al demandado sin darle la posibilidad de ser escuchado, pues la defensa constituye una de las garantías que existe entre las personas y el Poder.

El derecho de defensa en juicio no es el derecho sustancial de las defensas; sino el puro derecho procesal de defenderse. El actor acciona; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su reclamación es fundada. El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute ya que recién en sentencia se sabrá si su defensa es fundada. Por esta razón no se puede repeler de plano la demanda ni la defensa, por que la prioridad fundamental es asegurar tanto al actor como al demandado los medios de reclamo y defensa que existen.

2.2. Fundamentación Teórica

2.2.1. El derecho en el juicio civil:

LA ACCION.- Con el fin de determinar un concepto adecuado sobre la acción, debo manifestar que con el paso del tiempo, el desarrollo de la sociedad y la aparición de diversos estudiosos de la materia, éste concepto ha evolucionado de una manera específica y puntual, por lo que han surgido diferentes enfoques en el sentido común o general, así como el campo jurídico.

Como consecuencias de las circunstancias mencionadas, en la actualidad la acción se ha definido de diversas formas y según la manera que va a ser utilizada, así por ejemplo; acción civil, acción penal, acción laboral, acción de alimentos, acción administrativa, etc. Dependiendo del criterio de cada tratadista.

Etimológicamente la palabra acción proviene del latín “agüere”, que no es otra cosa que obrar, definición ésta que es lanzada en el sentido más general y común posible, que más bien no es una definición, sino un significado fonético, pero de aquí exteriorizando podemos decir, que este obrar abarca un campo extenso en la vida y actividad de los hombres, ya que todo lo que hace el hombre, es obrar, sea en bien o en mal, el ser humano en todo instante está en actividad y por ende en constante acción, de esta manera la acción se traduce en la existencia de un estado dinámico o de movimiento.

La acción es un obrar material, un estado de movimiento de las más insignificantes células del conjunto corporal humano, tales como mirar, aprender, agredir, repeler, abstenerse, actividades éstas que son el origen de la realización del derecho.

La acción es el derecho que tiene toda persona para acudir en búsqueda de justicia ante los entes públicos dotados de facultad jurisdiccional. La persona que se sienta lesionado en sus derechos y pretenda obtener resarcimiento, a costa de su ofensor, es indudable que requiere del servicio de la justicia. Este servicio lo brinda el Estado a través de una de sus funciones básicas la Función Judicial, además por los funcionarios con jurisdicción privativa a quienes se les ha concedido esta facultad.

El poder definir jurídicamente lo que es la acción, es motivo de discrepancias entre tratadistas y estudiosos del derecho, pues la acción tiene su precedente en la existencia de un derecho anterior que ha sido violado, que encuentra resistencia, por lo que, para vencerla y se haga efectivo la acción surge como un nuevo derecho.

“La palabra acción en sentido técnico procesal se designa el derecho, facultad o poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del Estado. Para que el juez actúe aplicando la ley al caso concreto, es menester que el ciudadano provoque, el ejercicio de su actividad como órgano del Estado; es decir que cualquiera sea la teoría que al respecto se adopte, se hace indispensable llenar una condición para que el juez pueda pronunciarse, y ésta es que el particular solicite su intervención.” (OMEBA, 1979, pág. 207)

En el campo procesal, se denomina al derecho y facultad de poder jurídico concedido a la persona, para provocar la actividad jurisdiccional del estado, para que el órgano jurisdiccional competente actúe aplicando las disposiciones legales atinentes al caso, para lo cual es necesario que el accionante provoque el ejercicio de la actividad de tal órgano estatal.

Entonces, la acción, es la facultad que tiene todo ciudadano para recurrir ante el órgano especializado del Estado, para que éste le reconozca el derecho que le corresponda; cuando una persona ha sido objeto de una trasgresión a su derecho o sus derechos.

El Estado a través de la Función Judicial, dispone de una autoridad competente para cada caso en particular, misma que será la que reciba la reclamación o demanda, para luego del trámite de ley, en el cual tendrá de demostrarse por parte del solicitante o accionante, todas las circunstancias que rodearon al derecho infringido, a fin de que el juzgador tenga pleno conocimiento de la causa, y éste se pronuncie resarciendo el derecho violado, a costa del reclamado o accionado; so pena que la parte reclamada o demandada demuestre la inexistencia de la posible transgresión del derecho y por lo tanto se rechace la acción contenida en su petición. En ambos casos el Juez, tendrá la obligación de dar a cada uno de los litigantes lo que les corresponda, según lo que le faculte la Ley.

Guillermo Cabanellas, dice: “*La acción, no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno se le debe*”. (Cabanellas, 1979, pág. 71).

A lo que debo manifestar que la vida cotidiana nos demuestra que en algunos casos cabe la acción, sin que haya transgresión o violación del derecho, porque el actor presenta la demanda con la intención positiva de causar daño al demandado o accionado, por lo que el Juzgador debe agotar todos los medios legales que le permita la ley, para cerciorarse que su pronunciamiento sea justo y no ser sorprendido por alguien que pretende un derecho que no le corresponde.

El tratadista Giuseppe Chiovenda, concibe a la acción, como el derecho potestativo, que tiene el afectado, para mediante esa potestad solicitar la actuación de la Ley, ósea excitar al Estado y ponerlo en movimiento, para que devuelva la vida al derecho, o a la condición como él lo llama, entendiéndose como condición al conjunto de circunstancias en las que se encuentra el derecho en conflicto; es así como su definición dice: “*Acción, es el poder jurídico de dar vida a la condición, para que se cumpla la actuación de la Ley*” (Chiovenda., 1947.)

Lo principal de este concepto, es el carácter de derecho potestativo, como poder jurídico, diferente del derecho subjetivo privado y de la obligación civil que produce efectos jurídicos, catalogada así la acción, debemos entenderla como de naturaleza privada y más no pública, sin que por esto se excluya la actuación pública, o sea del Estado mediante sus órganos competentes, en consideración que la acción se la ejerce ante la autoridad del poder público y no unilateralmente ante la parte litigante contraria.

Otro pensamiento, respecto de la acción, que sigue o se encuadra en la línea conceptual antes mencionada, es la del tratadista Piero Calamandrei, quien trata a la acción “*como un poder jurídico dirigido a obtener la actuación de la Ley, ejecutada respecto del Estado y no del adversario*”. (Calamandrei, 1963., pág. 22)

A lo que debo mencionar que es el ejercicio facultativo o poder que tiene una persona de acudir ante los organismos del Estado a hacer valer sus derechos que han sido menoscabados, a lo cual el Estado tiene la obligación de resolver en mérito de lo aportado al proceso.

Hernando Devis Echandia, dice que la acción es:

“el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto, mediante una sentencia, a través de un proceso”; y que “El derecho moderno concibe a la acción como el derecho de obtener justicia, dirigido al Estado a través del Juez, no al adversario...” (Echandía, 1985).

Este concepto nos da una idea clara de lo que en realidad es la acción pues al considerarlo como el derecho que tiene toda persona para acudir en búsqueda de justicia, ante los entes públicos dotados de facultad jurisdiccional. Pues el individuo que se sienta lesionado en sus derechos y pretenda obtener resarcimiento, a costa de su ofensor, es indudable que requiere del servicio de la justicia.

Hugo Rocco, dice: *“Acción es un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado, a la prestación de la actividad jurisdiccional, perteneciente a la categoría de los derechos cívicos”* (Rocco, 1970, pág. 272), este criterio ha sido muy criticado porque da un ámbito ilimitado de obrar a quienes el Estado los considera como titulares de un derecho y quienes según la ley tienen derechos, tienen la posibilidad de accionar ante el Estado en defensa de sus derechos. Este criterio es contradictorio a lo que dicen otros tratadistas, pues el derecho subjetivo, que es el poder moral de exigir, está apegado junto con la persona, pero este tratadista no refiere al modo de obrar, cuando o ante quién, se puede accionar, como lo expresan Chiovenda o Calamandrei, e inclusive Alsina que a continuación lo analizaremos; entonces, en resumen podemos decir que Rocco dice que existe una potestad o una posibilidad de ese derecho subjetivo, pero inmóvil en la forma de cómo poner en práctica el derecho que tiene.

Además de lo expresado por este tratadista, al topar el punto de la relación jurídica de la acción propiamente dicha, en cuanto tiene que ver a la prestación del Estado, dice: *“que la prestación tiene que ser hecha tanto al actor, esto es a quien promueve primeramente la acción de la actividad jurisdiccional, como al demandado, es decir, a aquel respecto del cual se promueve la actividad jurisdiccional”* (Rocco, 1970, pág. 260), es decir que al entablarse la litis, existen dos partes, actor y demandado, y el Estado a través de su órgano jurisdiccional competente, Función Judicial, quien debe dar su prestación a ambas partes, prestación que consiste en el facultad de administrar justicia aplicando la Ley, de forma imparcial.

“La acción, como un derecho autónomo respecto del derecho sustancial, considerándola como la facultad que corresponde a una persona para requerir intervención del Estado a efecto de tutelar una pretensión jurídica material” (Alsina, 1956, pág. 186), esto dice el tratadista Hugo Alsina, con este pensamiento nos demuestra que la pretensión de individuo,

poseedor del derecho y quién acude al Estado, para que cuide, proteja y precautele dicho derecho, sin existir la posibilidad de que el Derecho pueda corresponder al otro, sino que la decisión del Estado por medio del juzgador, tiene que inobjetablemente darse a favor del actor o solicitante, lo que a nuestro criterio se entendería como derecho tendiente solo a obtener la jurisdicción y no a lo subjetivo del derecho, cual intención mediante la acción es, el de obtener un pronunciamiento declaratorio, condenatorio o ambos a la vez. Entonces la acción es el poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales.

De las posiciones mencionadas puede estimarse que la acción, está sustentada en los siguientes principios:

- a) Es un derecho personal subjetivo.- Se fundamenta en el deseo de justicia y la necesidad de recibir este servicio; mismo que se visualiza con la presentación de la demanda.
- b) Es un derecho autónomo.- Nace en la conciencia de cada individuo, y no requiere ninguna condición.
- c) Se busca la tutela del Estado al ejercicio de este derecho.- No hace falta que el Estado, a través del órgano competente, garantice una sentencia favorable a quien hace uso de la acción, lo trascendental es que el órgano público encargado de administrar justicia, resuelva en mérito de lo aportado por las partes.
- d) La acción no busca contradictor.- Busca al Estado, al Juez, para que oriente, dirija la controversia si fuere el caso en aras de hacer realidad su pretensión; pero también puede ejercitarse la acción, para satisfacer una necesidad estrictamente personal, donde no hay pretensión concreta que vincule a un contradictor.

En nuestra legislación, no existe disposición alguna ya sea positiva o adjetiva, que de una conceptualización de lo que es la acción, por lo que la definición de acción corresponde a una facultad privativa de la doctrina de la ciencia jurídica. Al respecto nuestro Código de Procedimiento Civil, enuncia en varios artículos la palabra acción, pero no la define y ni siquiera da la más leve noción de su significado, igual situación acontece con el Código Civil, que tipifica algunas acciones para ciertos casos.

Trasladándonos a la Jurisprudencia, en donde podemos encontrar definiciones que se dan sobre la acción, por ejemplo se dice: “Toda acción supone necesariamente un derecho violado; por lo tanto lo que se funda en un mero temor es improcedente”.

En el diccionario de la Corte Suprema de Justicia, encontramos un concepto dividido en varios enfoques, sobre acción, los cuales los tomamos en cuenta con mucho valor verdadero:

“La acción, en el derecho subjetivo, es el procedimiento que debe seguirse para hacer efectivo un derecho. La acción en el derecho sustantivo se confunde con el derecho mismo. Es el derecho de perseguir lo que se nos debe. Es sustancial al derecho. Por ende se dice que no hay acción sin interés, porque es la potestad que tenemos frente al obligado”. (Espinoza, 1974, pág. 59)

El tratadista ecuatoriano, Doctor Alfonso Troya Cevallos, hace un análisis, que nosotros creemos, que aparte de ser técnico, es más bien práctico, porque antes de definir, lo que es acción, primero hace consideraciones en el plano objetivo, al poner incluso ejemplos de las relaciones jurídicas que se dan y de ahí nacen las acciones, pero como una fase posterior a lo que él denomina pretensión, en otras palabras, existe la relación jurídica; obligaciones que no han sido satisfechas, o derechos que no han sido respetados, el fenómeno se desenvuelve de la siguiente forma: el primer sujeto, quien se llama acreedor del derecho, extrajudicialmente quiere hacer efectivo su derecho, pero no es atendido positivamente; entonces ahí eleva su pretensión a un plano superior, haciendo conocer al Estado, quien comienza su intervención, mediante el órgano jurisdiccional competente, con arreglo a la organización estatal y a la naturaleza del asunto. Pasándose de la pretensión extrajudicial o extraprocesal a la judicial, lo que se denomina acción.

Así entenderemos, que la acción debe contener, la pretensión que va a ser objeto de la resolución del Juez. Concretamente dice: “Acción es el derecho deducido en juicio, para que sea declarado por la autoridad competente, o para que se haga efectivo mediante la fuerza pública”. (Cevallos, 1978, pág. 132)

Y dice Alfonso Troya Cevallos que:

“para llegar a clarificar a la acción, diferencia del derecho y de características para que exista la acción judicial, se requiere, primero, existencia del derecho; segundo que haya la violación de ese derecho, desconocimiento o la necesidad de ser declarado, preservado o constituido; tercero, la capacidad para ejercer la acción y

por último y lo más fundamental, que existe el interés para deducir o sea el poner en movimiento todo un trámite”. (Cevallos, 1978, pág. 133)

Cabe mencionar que la acción idealiza en el ánimo del sujeto la necesidad de justicia por su derecho que considera vulnerado. La acción responde a una posición subjetiva, personalísima, autónoma. Indelegable, por consiguiente anterior a la demanda y obviamente al proceso.

Finalmente, la acción se origina como medida de interés de institucionalizar la prohibición de la defensa privada, ya que si fuera permitido al titular de los intereses tutelados por el derecho, satisfacer sus propios intereses y sin tener que recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes del Estado, retornaríamos a la época de la justicia por las propias manos, situación desaparecida desde hace tiempos.

Como ya lo he mencionado, la acción no es otra cosa que la facultad que tiene el individuo para recurrir ante el órgano jurisdiccional competente solicitando sean atendidas sus pretensiones, para que sea saneado su derecho violado, para que sea declarado un derecho en duda o para que pueda ejercer plenamente un derecho obstaculizado; o inclusive no siendo así, erróneamente convencido de la titularidad del derecho, de la pretensión del derecho y con mala intención de hacer daño a su contrincante a sabiendas de que no procederá su acción; de este breve análisis sobre la acción podemos llegar al camino que nos indique cuales son las formas de ejercer la acción; pues entonces, para poder ejercitar este derecho procesal de accionar al órgano jurisdiccional y obtener de ella lo que corresponde, tanto para el accionado como para el accionante, debemos valernos de un instrumento, de un medio legal idóneo que nos lleve a tal objetivo.

El Dr. Rubén Moran Sarmiento señala las condiciones que debe observarse para ejercitar la acción “Todos los individuos, nacionales o extranjeros, son titulares de este derecho. Para poder ejercitar la acción, hay que tener la capacidad de ejercicio prevista en la Ley Civil, o una adecuada representación, para el caso de no poseer esa capacidad”.

Que la acción no haya caducado. “*La caducidad extingue la acción. Hay acciones que están sometidas a un determinado tiempo para su ejercicio, ya sea por lo que ha establecido una Ley o también por que lo han convenido las partes vinculadas por un convenio.*” (Sarmiento, 2008, pág. 91)

La acción en sentido procesal, se puede hablar de tres acepciones distintas:

- a) Como sinónimo de derecho, cuando el actor carece de acción o un derecho efectivo que el juicio deba tutelar;
- b) Como sinónimo de pretensión, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre de la cual se promueve la demanda respectiva; y,
- c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción, poder jurídico que tiene todo individuo de acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión.

Dr. Juan Isaac Lovato al citar a Chiovenda dice que dice:

“La acción, como todos los derechos potestativos, es un poder meramente ideal, o sea, el poder de querer determinados efectos jurídicos, (actuación de la ley). Este poder se ejercita mediante una declaración de voluntad relativa a los efectos que se buscan y no exige ninguna acción física, sino aquello que es necesario para manifestar y mantener durante el proceso la voluntad de que la ley sea actuada (demanda judicial). La demanda judicial es el acto mediante el que se ejercita el derecho de acción, se manifiesta el deseo de que la ley sea actuada.” (Lovato, 1976, pág. 224)

En el sentido procesal la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva, esta acepción de cierto modo es una pretensión, se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial y podría ser utilizada indistintamente diciendo “demanda fundada o infundada”

1.2 CLASES DE ACCION.- Si revisamos las definiciones dadas, sobre la acción, parecería ser una sola, en cuyo caso sería innecesario dar una clasificación, por lo que la intervención del Estado, ante la violación del derecho, es siempre de igual naturaleza, pero no en todos los caso el objeto es el mismo, ni el derecho cuya protección se requiere, es necesariamente igual, ni se ejercita de un solo modo la acción.

El objetivo primordial de la acción es siempre terminar con una sentencia, sea esta afirmativa o negativa a la pretensión que haya propuesto el actor, en fin este es el efecto que persigue con el ejercicio de la acción, pero puede ser de distintas clases y la acción varía según la sentencia que se pretenda.

El tratadista Víctor Manuel Peñaherrera dice: *“El que intenta una demanda debe tener interés, es decir debe aspirar a algún provecho real y efectivo que provenga directamente del fallo que solicita”* (Falconí, 2008, pág. 13)

El vínculo que existe entre el derecho y la acción, le da características que influyen directamente en la competencia de los jueces; ya que no todas las acciones, pueden ejercitarse del mismo modo y al mismo tiempo; pues estas circunstancias son las que determinan una clasificación, ya que de esto dependerá la facilidad de comprender cada una de ellas al momento de estudiarlas y con eso tener una noción clara de las mismas.

Rocco, al respecto manifiesta,

“como la acción, es la pretensión individual a que se conceda la prestación judicial, conlleva una multiplicidad de razones o pretensiones para que se ejecute cada uno de los actos jurisdiccionales que constituyen las diversas fases o momentos del proceso de que se compone la prestación jurisdiccional” (Rocco, 1970, pág. 292)

Esta múltiple pretensión de prestaciones hace que aparezcan una variedad de acciones individualizadas frente a los órganos jurisdiccionales, según éste, podría existir una clasificación según “la naturaleza de la pretensión solicitada” sea, según la finalidad o propósito que se tenga en su acción, por parte del actor, en esta categoría formula la siguiente división:

- a) Acciones de pura declaración de certeza: declaración positiva o negativa de certeza;
- b) Acciones de condena;
- c) Acciones ejecutivas; y,
- d) Acciones cautelares; en otro ámbito de las acciones constitutivas” (Rocco, 1970, pág. 293)

Troya Cevallos, al clasificar a las acciones, manifiesta que:

“En razón de la tutela jurídica que persiguen las acciones, se clasifican y es quizá la más importante de las clasificaciones, en declarativas, constitutivas y de condena, según que la pretensión quede satisfecha por un pronunciamiento judicial declarativo, acerca de la existencia de un derecho, de una relación jurídica, o de un hecho. Si lo que se procura es la extinción de un derecho o su modificación, la acción es constitutiva, y si se persigue una condena, la acción es condena” (Cevallos, 1978, pág. 139)

Como hemos revisado, dividir o clasificar a la acción, es muy complejo, porque a la acción podemos clasificar desde varios puntos de vistas desde el cual nos pongamos, depende de criterios, de tratadistas, legislaciones, teorías y épocas en las que se ha conceptuado; de esta manera podemos clasificar a la acción por materias, en civil, penal, laboral, administrativas, etc., o acogiendo el criterio del Doctor Víctor Manuel Peñaherrera, según las clases de derechos,

de esta manera acciones reales o personales, muebles o inmuebles, petitorias o posesorias; subsidiarias; populares; condicionales; de la misma manera podríamos clasificarlas siguiendo lo que estipula nuestro Código Civil o como advierte el Código de Procedimiento Civil; cuestión bastante complicada; por lo expuesto y para los efectos propuestos en el presente estudio, tomaremos la clasificación según la concepción moderna que es:

- a) acción declaratoria;
- b) acción condenatoria; y,
- c) acción mixta.

Porque si nos permitimos hacer un análisis profundo, encontramos que todas las clasificaciones nos llevan a resumir en la clasificación antes mencionada, porque en ella se simplifica y se agrupan todas las clases de acciones, pues sean las acciones reales, personales, ejecutivas u ordinarias, constitutivas, etc., todas tienen por finalidad llegar al fin ulterior u objetivo fundamental que es la de obtener una sentencia, ya sea declaratoria, condenatoria o mixta.

ACCION DECLARATORIA.- La finalidad que se persigue con las acciones declaratorias, es una sentencia meramente declarativa, es decir persigue una sentencia que se limite a declarar o negar la existencia de una situación jurídica o de un derecho nacido de un negocio jurídico, también excepcionalmente sobre la existencia o inexistencia de un hecho jurídico relevante que pueda dar origen a una relación jurídica o a un derecho.

Con las acciones declarativas no se pretende obtener una sentencia que sea base de una sucesiva etapa ejecutiva, como en las de condena, sino como una declaración sobre la existencia de una relación jurídica, sin formular pretensiones de condena o determinar la prestación, con la amenaza de ejecución judicial, es decir que las características de estas acciones es que supone la petición de una declaración judicial para la mera eficacia de la misma con exclusión de efecto inmediato alguno. Estas acciones se han llamado de mero aseguramiento, porque toda acción, es siempre en primer término, declarativa, aunque no tienda a obtener mediante una condena o sentencia constitutiva, la condena o constitución de nuevos afectos jurídicos.

Según el diccionario jurídico de Guillermo Cabanellas, la acción declaratoria, “*es aquella con la cual se persigue la comprobación o fijación de una situación jurídica*” (Cabanellas, 1979, pág. 80)

Conjuntamente con las acciones constitutivas y de condena, forman parte de las acciones del conocimiento, esta acción declaratoria se agota con la declaración de la norma legal o con la negación de que la voluntad legal sea perseguida.

Esta clase de acción, tiene su antecedente en Roma, en las formulas prejudiciales que constaban solo de pretensión pero carecían de condena, con esta acción se perseguían a los glosadores a través de las acciones provocatorias.

Para que la acción declaratoria sea tal debe reunir los siguientes requisitos:

- El interés, aunque no sea fundado en la violación de la norma jurídica, pues es suficiente que haya una incertidumbre, pero reforzada con el daño que se seguirá en contra del actor de no ser declarado de derecho;
- Una relación jurídica concreta, ya que la consulta judicial o la interpretación gratuita no tiene que ver con la acción declaratoria, ni pueden plantearse a los tribunales.

De esta manera la acción declaratoria puede ser de dos clases: positiva o negativa. Es positiva, como cuando se solicita la declaración de la paternidad; la existencia de un vicio en un contrato, la confesión de una deuda o el reconocimiento de firma. Y es negativa, como en el caso que se solicita la impugnación de la paternidad, la acción negatoria de servidumbre.

La acción declaratoria se la tiene como imprescriptible, porque el objetivo justamente es conseguir la afirmación de la existencia de un hecho que es ratificado con la norma de derecho.

Por tanto la acción declaratoria formula un pedido que no pretende fallo de ejecutividad, sino que su finalidad ulterior es solamente declarativa de derechos en ser convalidados con la fuerza de la norma legal asentada en sentencia declaratoria.

ACCION CONDENATORIA.- Son aquellas que por medio del actor se pide que se impongan al demandado el cumplimiento de una determinada prestación, con ellas se pretende la ejecución inmediata del derecho declarado por sentencia judicial, su fin esencial es la ejecución del fallo, es decir que la acción de condena, es la que tiende a obtener una sentencia destinada a ser cumplida o ejecutada posteriormente. Por eso se dice que el fin de la acción de

condena es doble, puesto que con ella se aspira no solo a la declaración del derecho, sino a la posibilidad de su ejecución.

Los presupuestos en la acción condenatoria son: una obligación de dar o de hacer por parte del deudor que dentro de la acción se constituye en demandado, incluso en las de no hacer, la reclamación de los consiguientes daños y perjuicios; que exista la lesión de un derecho, por incumplimiento o por cualquier otra culpa; y por último que exista un interés actual por tal acción.

El profesor Alsina explica que la acción *“condenatoria es aquella mediante la cual el actor persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación, de dar o hacer, o que se deshaga lo hecho, si la obligación fuere de no hacer.”* (Alsina, 1956, pág. 186) Pero que para ocurrir esto se requiere:

1. Un hecho que importe la violación del derecho, así en los derechos reales y en las obligaciones de no hacer, es necesario, un estado de hecho contrario al derecho, así por ejemplo, la posesión de la cosa ajena, la ejecución de un hecho prohibido y en las obligaciones de dar o de hacer que exista la violación como resultado de la omisión del hecho debido, advirtiéndose que el ejercicio de un derecho contrario al nuestro, esto no da derecho a ejercitar una acción, a menos que constituya un abuso de derecho y atente al nuestro.

2. Que sea susceptible de prestación, porque nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible, lo cual se resuelve por las reglas eferentes a los actos jurídicos como los contratos con la necesidad de protección jurídica, o sea que el interés del actor consista en obtener por medio del proceso, la prestación que el demandado estaba obligado. Por consiguiente para la satisfacción de la prestación jurídica deducida mediante acción, la sentencia condenatoria deberá contener: a) La declaración de la legitimidad de la prestación; b) La posibilidad de ejecución aún contra la voluntad del ejecutado u obligado.

En la acción de condena no puede exigirse al demandado una prestación que no sea en las condiciones y bajo los límites de la relación jurídica determinada; si por su parte el actor debe realizar una contraprestación, deberá cumplirla primeramente o al menos ofrecerla cumplir, que no sea propicio la oposición de la excepción *“non adimpletus contractus”*, el exceso en la cantidad o en el modo o la exigencia pendiente en el plazo, repercutiendo en el actor la responsabilidad de pagar costas, aunque la acción continúe.

ACCION MIXTA.- Se dice de estas acciones que son aquellas que participan de la naturaleza de derechos reales y personales.

Para Savigny, las acciones mixtas “son aquellas en que cada parte puede ser actor” y añade que solamente pueden tener este carácter las divisorias. La historia y la naturaleza de estas acciones, es uno de los asuntos que más ha dividido a los jurisconsultos en todos los tiempos, pues se sostiene que tales acciones en el Derecho Romano eran imposibles bajo el sistema formulario; por cuanto la diferencia esencial, entre las reales y las personales consistían en que, las primeras, la fórmula no contenía el nombre del demandado, al contrario de lo que a la vez constase y no constasen la fórmula dicho nombre, no cabían dichas acciones mixtas.

Se afirma también, que merecen el nombre de mixtas las acciones que garantizaban derechos reales y personales, las acciones deben ser también reales y personales, como a veces ocurre en la misma persona dos derechos, uno de carácter real y otro personal, teniendo ambos el mismo objeto y de su concurso nacen dos acciones, una personal, que corresponde al derecho personal, y la otra real, nacida del derecho real, y en este caso lo que más bien debería existir son acciones dobles.

En la legislación Romana, más bien se consideraban como acciones mixtas, las de partición de herencia; las de división de cosa común y las de deslinde y amojonamiento.

En conclusión las acciones mixtas son aquellas en las que se puede pedir, tanto la cosa o bien real, o el derecho sobre tal cosa; cuanto las prestaciones personales que está en nuestra facultad exigir el cumplimiento al obligado o a su heredero, esta acción es la reveladora del doble carácter, real y personal de la misma.

COMO INICAR UN PROCESO CIVIL.- La acción es la primera manifestación para acceder a la justicia y necesita exteriorizarse de alguna forma. Esa forma técnica procesal, se llama Demanda, instrumento que recoge las causas y circunstancias que sirvieron de soporte y antecedente para el ejercicio del derecho de acción y que fundamentalmente es en el antecedente inmediato al proceso.

El Art. 32 de Código de Procedimiento Civil dice, “*Actor es el que propone una demanda, y demandado, aquél contra quién se la intenta*”. (Nacional, 2012, pág. 6)

Entonces, el actor es el que propone una demanda, esto es la parte que pide la declaración o protección de un derecho, en si el actor es la persona que propone una demanda o deduce una acción; y, Demandado es aquel contra quién se intenta la demanda, esto es la parte contra la cual se pide esa declaración o se deduce la acción.

Jurídicamente las formas de ejercer la acción y llegar al juzgador, es la demanda, pues ella es la que contiene las pretensiones de quien en esta relación jurídica es el actor o demandante, la demanda encierra la petición, transmite lo que pretende el actor, como lo hemos dicho inclusive lo que no tiene razón, lo que no le asiste; y la contestación a la demanda mediante la cual también se llega al órgano jurisdiccional competente con una pretensión, con un objetivo, porque si nos encontramos en el caso de que la pretensión del actor es errónea o maliciosa, entonces el verdadero derecho corresponderá al otro que este caso es el demandado, y que mediante la contestación a la demanda, a través de la presentación de excepciones, ejerce su derecho de también accionar al órgano jurisdiccional con sus pretensiones defensivas ante el ataque del actor.

Como vemos las formas de ejercer la acción, son la demanda y la contestación a la demanda, porque tanto en la una como en la otra, el actor ejerce su acción al demandar y el demandado ejerce su acción al contestar a la demanda; es decir, el uno pretende su derecho como actor y el otro a su vez pretende lo suyo y es así como entre pretensión del uno y pretensión del otro se traba la litis, se inicia el juicio que es una contienda legal sometida a la resolución de los jueces, ahí el porqué de la contienda, entre las partes que creen tener razón y ser los titulares del derecho, esta fuerza la miden los jueces y luego dan el resultado mediante una sentencia, la misma que será el reflejo, no de lo que querían por querer, sino de lo que dentro de la contienda legal pudieron demostrar o ratificar su pretensión, mediante las pruebas.

Si el resultado o la sentencia es favorable al actor, tenemos que el actor ejerció la acción mediante su demanda e hizo efectivo su derecho; pero si por el contrario la sentencia es favorable al demandado, nos encontramos en que él fue quien ejerció su acción al contestar la demanda, proponer excepciones y así obtuvo el reconocimiento de su derecho que más bien el actor, por el mero hecho de anticiparse, intentó arrebatar el derecho ajeno.

Si la demanda es una forma de ejercer la acción, con todos los fundamentos de hecho y de derecho, en sí con los razonamientos que cree tener el actor para encuadrar dentro de la norma legal para ser reconocida su pretensión, igual ejercicio realiza el demandado al proponer sus excepciones en la contestación a la demanda.

A más de la demanda y la contestación a la demanda, también se considera como una forma de ejercer la acción, la reconvencción, pues esta es una demanda igual a cualquier otra demanda, la única diferencia está al momento de presentar la misma ya que está rodeada de circunstancias, para que se llame reconvencción a una demanda normal se requiere que se la haga después de que otro la inicie la acción en su contra y al contestar a dicha acción se propone esta otra acción, es decir que es una demanda presentada aprovechando la situación de un requerimiento en contra del demandado y que con ello pretende contra atacar la acción del actor y convertirse también en otro actor, para con esto, lograr la condena de quien también pretende la condena suya.

En otras palabras, es la petición que pone en movimiento al órgano Jurisdiccional, y que pone en contacto directo al individuo con ese órgano del Estado, con el propósito de que se satisfagan sus pretensiones que se contienen en su petición o demanda. La función jurisdiccional se moviliza con una petición del individuo, de manera que siempre va a ser necesaria su presencia, con una exposición clara, amplia, minuciosa, porque sobre ella se deberá pronunciar el Juez

El ejercitar la acción se traduce en una pretensión dirigida al juez para que inicie el juicio, esta petición esta siempre contenida en todas las demandas, de ahí que por esta circunstancia, la demanda sea el acto inicial de todo proceso.

La demanda es el instrumento idóneo para ejercitar la acción; y no se debe confundir acción con demanda, la demanda es la que contiene a la acción, y la acción como ya estudiamos es una facultad de todas las personas para concurrir al órgano jurisdiccional para que remedie sus pretensiones, en efecto quien presenta una demanda, no se limita a pedir al juez que mediante un proceso lógico dicte una sentencia, sino que dicha sentencia contenga resoluciones favorables a sus determinadas peticiones tendientes a satisfacer su interés, sus pretensiones, circunstancia que por lo general no se puede dar sino es por medio de la demanda. Tampoco la acción es la demanda judicial, sino que aquella está contenida es ésta.

La acción contenida en la demanda se la plantea ante el Juez, quien obligatoriamente, primeramente la calificará y luego ordenará la respectiva citación con tal demanda y la providencia recaída en ella, para que el demandado conozca de las pretensiones del actor, por lo que en un primer momento las partes de la acción contenida en la demanda son el Juez, el demandante, ya que recién a raíz de la contestación se traba la litis; por eso que la demanda, además de reunir los presupuestos procesales necesarios para que pueda iniciarse el juicio, debe

contener los fundamentos de hecho y de derecho, es decir las pretensiones basadas en razones o motivos.

Para que el objeto de la acción se cumpla de una manera cabal y haya proceso, basta que se reúnan los presupuestos procesales como: competencia, capacidad de las partes, ausencia de vicios de nulidad, debida presentación, etc., pero para que prospere las denominadas pretensiones y para que la sentencia sea ampliamente favorable, se requiere además, que el actor o demandante pruebe el derecho en que se funda, que ese derecho no sea desestimado por consecuencia de una excepción del demandado.

Teóricamente puede concebirse que una persona ejercite la acción sin la pretensión, pero entonces diremos que no existe demanda.

El profesor Echandía, define a la demanda de la siguiente manera:

“como un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la Ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado”. (Echandía, 1972, pág. 364)

Se habla de sentencia favorable, en razón de que la demanda se incluye la pretensión; a diferencia de lo que es la acción propiamente dicha.

Al reunirse los tres aspectos de la demanda; como acto de la introducción al proceso; como instrumento para formular las pretensiones y como objeto del proceso; los tres se complementan para una visión de este acto jurídico procesal.

La demanda es un acto de postulación, en cuanto por ella se formula la pretensión; por lo mismo es una declaración del actor.

En toda demanda hay que distinguir la afirmación de que existe un interés legítimo que debe ser protegido conforme a derecho, y el pedimento que es la conclusión de los fundamentos de hecho y de derecho y que constituye la materia de la decisión en la sentencia.

Con la palabra demanda estamos designando al acto inicial de la relación procesal, ya que se trata de un juicio ordinario, ejecutivo, verbal, sumario o un juicio especial; es decir, la primera petición que reúne las pretensiones del actor. Se puede definir como la pretensión formal que el actor hace ante el órgano jurisdiccional competente, para que este se pronuncie sobre la misma, sometida a su conocimiento, o también es un medio legal de hacer valer una acción, ésta a su vez, como el medio de hacer valer un juicio de derecho que se reclama. La demanda es la forma como se ejercitan todas las acciones en juicio; a la acción le da vida por medio de la presentación de la demanda.

La demanda es la base del juicio y de ella depende el éxito de la acción deducida; luego, tiene enorme importancia su preparación, para el buen éxito del juicio; así por ejemplo, la demanda concreta las acciones del actor y enmarca los poderes del juez; él no puede conceder más de lo pedido en ella; por que la sentencia sería nula por “ultra petita”; los efectos de forma que se incurran en ella permiten oponer las excepciones dilatorias, especialmente la de fallas en el cumplimiento de uno o más requisitos previstos en la Ley, en sí el modo de proponer la demanda, y el juez al considerar los puntos de la prueba debe tener en cuenta los hechos alegados en ella.

El doctor Peñaherrera dice: *“La demanda llamada también libelo por los autores antiguos es, pues, el acto inicial del juicio; acto en el cual el demandante deduce su acción contra el demandado o formula la solicitud de reclamación que ha de ser materia principal de la sentencia”*. (Peñaherrera, 1970., pág. 185)

A su vez Escriche cita que la demanda *“Es la petición que se hace al juez para que mande dar, pagar, hacer o no hacer alguna cosa”*. (Escriche, 1972), Pero puede haber demanda en que no se exija prestación alguna al demandado; y sentencia confirmativa que no sea susceptible de ejecución, como cuando se pide se declare nulo o resuelto un contrato que no ha surtido todavía efectos; la sentencia en tal caso surte el efecto de establecer con la autoridad de cosa juzgada; las relaciones jurídicas consiguientes a la nulidad, resolución, etc., y el demandado queda condenado a no exigir cosa alguna por razón del contrato.

La demanda no es otra cosa que el ejercicio de la acción, y siendo éste el medio legítimo de reclamar en juicio, los derecho que nos competen. Se entiende por demanda la petición que hace principalmente el actor, con arreglo a la ley sobre sus derechos en la cosa o a la cosa para obtener lo que es suyo.

Sabido es que, una vez presentada la demanda, ésta produce efectos, que por amplitud del contenido de la demanda se adelanta los múltiples e importantes efectos que ha de producir ya en relación o vinculación directa con el derecho sustancial que ruja la pretensión jurídica que en ella se contenga; ya con relación al proceso del que es pieza fundamental.

Dentro de estos efectos tenemos, los efectos sustanciales y los procesales; los primeros habrán de ser tan varias como de difícil clasificación, por razón de la variedad de derechos que la demanda tiende a proteger. Dentro de los segundos, esto es, los procesales, cabe distinguir los que se refieren a los sujetos, juez y partes, y los que hacen el objeto y la actividad. Pero, como la demanda por sí misma, y antes de ser citada, produce ya sus efectos sustantivos y de orden procesal, desde ese punto de vista, es más cómodo considerarlos, siguiéndolos por otra parte cierta tradición en la doctrina.

Antes de citación, sólo con la interposición de la demanda, queda abierta la instancia y coloca al juez en la obligación de pronunciarse sobre su competencia y sobre las formas externas, debiendo expresar el defecto que contenga.

Fija la extensión del litigio, en cuanto al actor con carácter definitivo; y en determinadas clases de acciones inherentes a las personas del titular, los herederos o sucesores pueden continuar una vez deducida.

Continuando con el estudio de la demanda, debemos tomar en cuenta que en ella intervienen las partes; demandante y demandado.

Es demandante, tanto en los procesos contenciosos como en los voluntarios, la persona que ejercita la acción y formula una pretensión para obtener una sentencia mediante un proceso, lo cual significa, que no es indispensable la presencia de un demandado, porque tal cosa sucede únicamente cuando existe un litigio y el juicio es litigioso.

Para demandar, es necesario ejercitar válidamente la acción, esto significa que el demandante debe pretender la necesidad de intervención del órgano jurisdiccional del Estado para desatar el litigio que plantea (proceso litigioso) o para resolver la declaración que pide (proceso de jurisdicción voluntaria).

Para ejercitar válidamente la acción, se necesita la capacidad para ser parte y para comparecer en juicio y cumplir los demás presupuestos procesales de la acción y de la demanda.

Estas condiciones determinan la vialidad de la demanda y de ahí que, si alguna de ellas falta, el juez no la atiende y no inicia el proceso y la mandará a aclarar o completar.

Cuando varias personas concurren a demandar existe el ejercicio conjunto por ellas, de una sola acción, lo mismo ocurre si se demanda a varias personas, se presentan entonces los casos de litis consorcio inicial.

Se entiende por demandado aquel contra quien se piden las declaraciones de la sentencia, o simplemente ante quien se formula las pretensiones contenidas en la demanda que inicia un proceso contencioso; porque puede suceder que no exista oposición de intereses por acontecer en los procesos de apego y deslinde y como también puede acontecer en los divorcios, nulidad de matrimonio, separación de bienes conyugales; es decir, el demandado es la persona frente a quien se quiere hacer valer el derecho que pretende el actor o la negación del derecho que reclama el demandado, por consiguiente la persona que debe contradecir la pretensión y sufrir la sujeción que resulte en caso de que prospere la demanda.

El demandado debe reunir los mismos requisitos que para ser demandante, o sea: capacidad para ser parte y capacidad para comparecer en juicio, generalmente es el sujeto pasivo del proceso, pero esto no ocurre siempre, porque puede demandarse la declaración negativa de que no existe una obligación y que otra persona quiere imponerle al demandante, y entonces el demandado viene a ser sujeto del litigio.

La condición de demandado surge exclusivamente de la demanda, es decir, que corresponde al demandante señalar la persona a quien corresponda vincularle con tal fallo, a diferencia de otros códigos en los que se faculta al juez para citar de oficio o a petición de parte, a las personas cuya presencia requiera el proceso.

En la demanda, debe determinarse claramente el nombre de la persona o las personas demandadas, y si se trata de incapaces, personas jurídicas o ausentes, es necesario indicar quien es su representante legal; debiendo justificar tal calidad documentadamente. Así también puede demandarse a una comunidad de herederos indeterminados, sobre un causante determinado, en cuyo caso no se determinará los nombres de los demandados.

Así nuestro Código de Procedimiento Civil, en el artículo 66, dice: *“Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo”*. (Nacional, 2012, pág. 12)

Este artículo define claramente lo que ha de entenderse por demanda dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Demanda es un acto por medio del cual el actor comparece ante el juez de lo civil mediante escrito y deduce los puntos vista jurídicos que cree han sido violados, perturbados, o necesitan una declaración judicial.

Doctrinariamente y reducido al área procesal civil, demanda es la petición inicial en la que el actor formula sus pretensiones, solicitando del juez la declaración, tutela o protección, el reconocimiento o la declaración de un derecho.

Dentro de la variada gama de actos procesales, la demanda ocupa un lugar de señalada preferencia, que le proporcionan entre otras la circunstancia de ser la base y cimiento del proceso, el vincularse y referirse a ella en muchas situaciones posteriores, y el dar lugar a muy variadas y fundamentales consecuencias y efectos.

Con la demanda, en efecto, pues esa es su característica fundamental, se inicia el juicio; y a la demanda ha de ajustarse la sentencia, decidiendo con arreglo a las acciones en ella deducidas. Se puede decir que el procedimiento se halla regido y subordinado a los términos de la demanda, razón de que su concepción y redacción merezca y requiera el mayor cuidado y reflexión; pues, de ella depende en la mayoría de los casos el éxito o el fracaso de los pleitos.

Su propio concepto, síntesis de su contenido indica ya que como regla general no es obligatoria la proposición de una demanda. Sin embargo en casos muy especiales como en las diligencias previas de secuestro preventivo, tendrá que interponerse obligatoriamente la demanda, bajo la condena en costas.

Definiéndola de otra manera, “con la palabra demanda se designa al acto inicial de la relación procesal, ya se trate de un juicio ordinario o de un juicio procesal, es decir, la primera petición que reúne las pretensiones del actor. Se puede conceptuar como la pretensión formal que el actor hace ante el tribunal, para que éste se pronuncie sobre las acciones sometidas a su conocimiento; o también como el medio legal de hacer valer una acción y esta a su vez como el medio de obtener en juicio el derecho que se reclama.” (Rodríguez, 1970., pág. 11).

Los requisitos de toda demanda son de dos clases, de fondo y de forma:

- a) Capacidad del demandante;
- b) Capacidad del demandado;
- c) Competencia del Juez;
- d) El trámite que debe darse a la causa, ordinario, ejecutivo, verbal sumario o especial para el caso.
- e) Prueba del derecho a representar al demandante, si se demanda a nombre de otro (poder o ratificación notariados);
- f) Cosa, cantidad o hecho que se exige;

Entre los requisitos de forma podemos citar:

- a) Redacción de la demanda con los detalles exigidos por la ley;
- b) Presentación de la demanda en debida forma;
- c) Patrocinio de un profesional abogado;
- d) Determinación de la cuantía;
- e) Designación del lugar donde citar al demandado y notificar al actor;
- f) Nombres completos, edad, estado civil, profesión del actor y nombres completos del demandado;
- g) Aparejar los documentos necesarios según el tipo de demanda y la acción.

El Código de Procedimiento Civil, en el Art. 67, determina: Los Requisitos y el contenido de la demanda, la misma que deberá ser clara y contendrá:

- 1. La designación del juez ante quien se la propone;
- 2. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
- 3. Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión;
- 4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
- 5. La determinación de la cuantía;
- 6. La especificación del trámite que debe darse a la causa;
- 7. La designación del lugar en que debe citarse al demandado y la del lugar donde debe notificarse al actor; y
- 8. Los demás requisitos que la ley exige para cada caso.

Para completar el inicio de la acción por medio de la demanda, la ley también solicita que el actor debe acompañar ciertos documentos correlativos y necesarios para la iniciación del proceso, conforme lo establece el Art. 68 Ibidem

Art. 68 Código de Procedimiento Civil.- A la demanda se debe acompañar:

1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actúa por medio del apoderado;
2. La prueba de representación del actor, si se tratare de persona natural incapaz;
3. La prueba de representación de la persona jurídica si ésta figurare como actora;
4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendieren hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y,
5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso”.

Como vemos y de lo anotado, podemos decir, que la demanda no está sujeta a un patrón en cuanto a la forma estética o física, pero si es necesario el cumplimiento de requisitos taxativos y el acompañamiento así mismo de ciertos documentos necesarios para cada caso, por lo que es menester cumplirlos como establece la ley, de tal manera que un error o incumplimiento a estas disposiciones no sea la causa o el pretexto que el demandado encuentre y ponga una excepción y que a lo posterior sea un factor preponderante y desequilibrante al momento que se pronuncie el juzgador, mediante una sentencia en contra del actor y que obviamente será favorable para el demandado.

Finalmente cabe resaltar que la demanda es el instrumento técnico a través del cual se plasma el ejercicio de la acción; debe reunir los requisitos establecidos por la Ley para su admisibilidad, y aspectos de fondo (la violación del derecho sustantivo, expresado con claridad y detalle) sustantivos y procesales para el feliz destino de las pretensiones contenidas en la demanda, al momento de dictar sentencia; es decir, la demanda exige una preparación adecuada, en tal forma que resulte capaz de superar la calificación de admisibilidad (el primer auto del Juez) y los desafíos que implica el desarrollo del proceso hasta el fallo final. En la demanda se materializa todos los hechos que el accionante creyere necesario en su anhelo de justicia; tiene que objetarse el derecho lesionado y sus consiguientes pretensiones.

2.3.Antecedentes históricos

2.3.1. Historia del derecho a la defensa

Necesariamente para poder hablar de la defensa, es necesario hablar de un medio de defensa llamado excepción, por lo que obligatoriamente tengo que referirme al derecho romano, ya que ahí nacieron todas las instituciones jurídicas que hasta la actualidad están vigentes, unas con más o menos variaciones debido al transcurso del tiempo y la evolución de las personas y de la sociedad misma.

Un medio de defensa como es la excepción, no podía ser utilizada sino por una legislación avanzada, en los primeros tiempos la legislación fue desconocida como tal, pero ya en tiempo del derecho Pretoriano y por la fuerza de la costumbre este medio de defensa se fue insertando en la legislación escrita, que posteriormente había de ser compilada con la debida amplitud por Justiniano, el más sabio de los legisladores de Roma.

En el derecho romano, los actos jurídicos y los procedimientos judiciales se caracterizan por las solemnidades de que les revestían; de manera absoluta, podemos decir que la validez de los actos jurídicos dependía únicamente de la forma con que hayan sido celebrados.

Estas solemnidades empleadas especialmente en los contratos, tenía poder irresistible, “puissance irresistible”, de tal manera que constituían una especie de presunción de derecho y que no admitía en contrario, sobre todo en los contratos, pues quien se obligaba mediante una estipulación, tenía que cumplirla sin lugar a ningún reclamo.

La función judicial estaba en el sistema formulario de los romanos, dividida entre el Magistrado o Pretor y el Juez. Aquel, después de estar planteada la controversia daba a los litigantes, la llamada “fórmula” con la cual debían comparecer ante el Juez para que dicte la sentencia.

Los actos jurídicos, no eran objeto de análisis detenido, antes de las decisiones judiciales; se constataba simplemente la existencia de la estipulación y donde se la encontraba, se daba la fórmula, pues ahí estaba el derecho sin que haya necesidad de averiguar ni como, ni porque tuvo lugar. Reconocida así la fórmula por el Juez, no cabía discusión de ninguna clase y más bien reducía a la mínima expresión la defensa del demandado.

Cierto que el sistema formulario supone un pueblo primitivo, en donde son poco numerosas y nada complicadas las relaciones jurídicas y cierto también que en una sociedad reducida, donde todos se conocen y nada pasa por desapercibido era muy raro, el dolo, la violencia y más causas que posteriormente originaron las excepciones; pero con todo el procedimiento judicial que estamos tratando, implica una falta a la equidad en caso de no existir.

El Juez, irreductiblemente adicto al sistema formulario, podía estar convencido de que sus sentencias contenían condenas inicuas, de que el demandado había sido víctima de la mala fe de su adversario, pero impotente para desobedecer a la fórmula tenía que proceder así, por más que se haga cómplice de injusticias espantosas.

Pero sucede que el demandado planteaba a veces sus alegaciones ante el Pretor, y poco a poco se fueron dando cuenta de la falta de equidad que implicaba dictar sentencias sin tomarlas en consideración, cuando tal vez eran verdaderas aquellas alegaciones del demandado. Entonces se exigió al demandado la comprobación de las objeciones que había presentado y la fórmula del Pretor que ya no era una orden general sino condicional, iba al juez, concebida más o menos en los siguientes términos: “condénesele al demandado a menos llegue a demostrar lo que ha alegado”, o, “condénesele a menos que haya habido dolo o violencia debidamente comprobados”. Esta restricción de la fórmula, es lo que vino a llamarse excepción, por su rareza era una verdadera excepción pues la regla general era la condenación; pero con todo, así se habían defendido un tanto los intereses del demandado o del reo, como se llamaba siempre en el derecho romano, y ya tenía posibilidades de librarse, quedándole el derecho de probar lo que había alegado y de justificar así su conducta.

La excepción, no solo quedó en el derecho pretoriano, sino que llegó a ser materia de legislación por parte de los Senado – Consultos y de las Constituciones Imperiales; y así mismo, atendiendo a los principios de equidad, estimaron según el caso ablandar el rigor del derecho civil para con los demandados, y dar cabida a las excepciones.

A la desaparición del sistema formulario, la excepción ya no era esa restricción impuesta por el Pretor o Juez; perdió este sentido, para llegar a ser medio de defensa del demandado, es decir, para formar el concepto genérico que enunciamos al principio.

Ahondando algo más este análisis histórico, vamos a indicar algunas de las principales excepciones reconocidas en el Derecho Romano. Lo más importante y de uso era la “exceptio

doli”, ósea la excepción de dolo que se ejercitaba contra el que había usado de dolo o engaño en la celebración de un contrato.

Había la “exceptio cedendarum actionum”, por la que el fiador que había cumplido la obligación del deudor principal, tenía derecho para que el acreedor le ceda las acciones que tenía contra dicho deudor. Esta institución ha llegado hasta nosotros con la sola modificatoria de que, según nuestro derecho civil, esa facultad del fiador nace ipso facto, en tanto que en el derecho romano se requería la cesión por el acreedor.

Una excepción también bastante frecuente era la “non numerata pecunia”, por la que el demandado podía alegar, que no ha recibido el dinero, aunque ya ha firmado el documento en que funda su acción el acreedor. La excepción “dotis cautae sed non numeratae” semejante a la anterior, podía oponer el destinatario de la dote, a quien intentaba exigir su restitución, sin nunca haberla recibido.

Otra excepción frecuente en los juicios relacionados especialmente con el contrato de compra venta y con otros contratos bilaterales, era la “non adimoleti contractus”, que se le oponía al contratante que exigía a su adversario el cumplimiento del contrato sin antes haber cumplido él, la obligación que le correspondía. A nuestro modo de ver, en ésta excepción se encuentra el origen de varias disposiciones del Código Civil Actúa, por ejemplo, la consignada en el Art. 1455, que fija el principio fundamental de que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de incumplimiento de lo pactado por uno de los contratantes, o como la disposición según la cual también en los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes cae en mora, por su incumplimiento, mientras el otro a su vez no haya cumplido la parte que le corresponde.

Era también muy conocida en Roma, la excepción “pletoria”, que incumbía al menor de edad a quien se quería obligar el cumplimiento de un contrato. Otra era la del “justi dominii”, que se la concedía al verdadero dueño de la cosa, contra la acción reivindicatoria del que había sido poseedor de la misma. Se conocía también muchas otras excepciones como la de “legis cinctae”, la de “italici contractus”, la de “pacti conventi”, etc.

El derecho de defensa es el derecho que le asiste a todo aquel que es requerido jurídicamente, para oponerse a los fundamentos de la acción incoada, en aras de precautelar sus intereses, cuya disputa, con legitimidad o no, le puede provocar lesión, total, parcial,

dependiendo de los resultados del fallo; resultados que serán la consecuencia de un ejercicio cabal, imperfecto o inexistente, según el caso de este derecho de defensa.

2.4. Fundamento legal

En relación al marco legal cabe mencionar los siguientes artículos:

2.4.1. Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador en el Art.76 numeral 7, literal a, que dice “Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado de del procedimiento”

2.4.2. Código Civil

Art. 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

2.4.3. Código de Procedimiento Civil

Art. 99.- Las excepciones son dilatorias o perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo; y perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda.

Art. 100.- Las dilatorias más comunes son, o relativas al juez, como la de incompetencia; o al actor, como la de falta de personería, por incapacidad legal o falta de poder; o al demandado, como la de excusión u orden; o al modo de pedir, como la de contradicción o incompatibilidad de acciones; o al asunto mismo de la demanda, como la que se opone contra una petición hecha antes del plazo legal o convencional; o a la causa o al modo de sustanciarla, como cuando se pide que se acumulen los autos para no dividir la continencia de la causa, o que a ésta se dé otra sustanciación.

Art. 101.- Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda. Las perentorias más comunes son: la que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil, y la de cosa juzgada.

Art. 102.- La contestación a la demanda contendrá:

1. Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del demandado, comparezca por sí o por medio de representante legal o apoderado, y la designación del lugar en donde ha de recibir las notificaciones;
2. Un pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor y los documentos anexos a la demanda, con indicación categórica de lo que admite y de lo que niega; y,
3. Todas las excepciones que se deduzcan contra las pretensiones del actor.

La contestación a la demanda se acompañará de las pruebas instrumentales que disponga el demandado, y las que acrediten su representación si fuere del caso. La trasgresión a este precepto ocasionará la invalidez de la prueba instrumental de la pretensión.

El juez cuidará de que la contestación sea clara y las excepciones contengan los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoya, y los requisitos señalados en los números de este artículo, y, de encontrar que no se los ha cumplido, ordenará que se aclare o complete. Esta disposición no será susceptible de recurso alguno.

Art. 103.- La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indicio en contra del demandado, y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria.

Art. 104.- Antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado reformar sus excepciones y aún deducir otras perentorias.

Art. 105.- En la contestación podrá el demandado reconvenir al demandante por los derechos que contra éste tuviere; pero después de tal contestación sólo podrá hacerlos valer en otro juicio.

Art. 106.- Las excepciones y la reconvencción se discutirán al propio tiempo y en la misma forma que la demanda, y serán resueltos en la sentencia.

Art. 107.- Después de contestada la demanda, el actor no podrá desistir del pleito, sino pagando al demandado las costas y en la forma prescrita en este Código.

Art. 113.- Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en juicio, y que ha negado el reo”

2.5. Definición de términos básicos

Acción.- Ejercicio de una facultad. Derecho que se tiene a pedir una cosa o la forma legal de ejercitarlo.

Acción Civil.- En General, la que se ejercita ante la jurisdicción ordinaria. La que se ejerce ajustándose al Derecho Civil. La que compete a una persona para reclamar en juicio sus bienes o intereses pecuniarios. La que entabla la víctima de una infracción o sus herederos para conseguir la restitución de lo arrebatado, la reparación del daño o el resarcimiento de perjuicios.

Actor.- Persona natural o jurídica que deduce la demanda o interpone el recurso que ha de ser materia principal del fallo. El que inicia una acción o presenta una demanda.

Contestación a la demanda.- Escrito en que la parte demandada responde a la acción iniciada por el actor, oponiendo las excepciones que hubiera lugar y negando o confesando el derecho o hechos invocados por aquél.

Defensa.- Amparo. Resistencia al ataque. Mantenimiento de una causa, idea o plan discutido por otros. Alegato o prueba con que se justifica las pretensiones de las parte litigantes.

Defensa en Juicio.- La que por uno mismo o por abogado se asume ante una acusación o pretensión ajena planteada judicialmente, para intentar la absolución o liberación del caso.

Demanda.- Acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.

Demandado.- Aquel contra quién se intenta una demanda.

Derecho.- Conjunto de principios, preceptos y reglas a que están sometidas las relaciones humanas y a cuya observancia pueden ser compelidos los individuos aun coercitivamente.

Derecho Objetivo.- Conjunto de normas obligatorias que tienen por objeto conseguir el orden, la seguridad y la justicia.

Derecho Subjetivo.- Poder moral inviolable para exigir, hacer o no hacer una cosa.

Dilatoria.- Que sirve para prorrogar la tramitación de un asunto judicial

Excepción.- Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie. Privilegio, dispensa. Título o motivo que, como medio de defensa, contracción o repulsa, alega el demandado para excluir o dilatar la acción deducida por el demandante.

Excepción Dilatoria.- La que tiene a suspender o retardar el curso del litigio como la incompetencia, falta de personería, excursión u orden, contradicción o incompatibilidad de acciones.

Excepción Perentoria.- Aquella que tiende a extinguir en todo o en parte la acción a que se refiere la demanda, como la cosa juzgada o extinción de la obligación.

Juicio.- Facultad por la cual el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso. Sesos, cordura. Contienda sometida a la decisión de los jueces.

Juicio Civil.- El que tiene como objeto una acción civil o regida por las leyes civiles.

Litis.- Pleito, causa juicio.

Proceso.- Progreso, acción de ir adelante. Transcurso del tiempo. Conjunto de fases sucesivas de un fenómeno. Secuencia, desenvolvimiento, sucesión de momentos en que se realiza un acto jurídico. Conjunto de actuaciones y escritos en cualquier causa civil o penal. Litigio sometido a conocimiento y resolución de un juez o por escrito.

2.6. Hipótesis

Se cree que es posible Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil, por lo que es factible reformar la forma de plantear las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil

2.7. Caracterización de las variables

2.7.1. Variable Independiente:

Las excepciones dilatorias y perentorias

2.7.2. Variable Dependiente

La defensa del juicio civil

Cuerpo de la investigación

Título 1

1.1. Necesidad de la defensa.-

Hemos de entender, que contestar a la demanda es el ejercicio de un derecho y que consecuentemente es del arbitrio del demandado el comparecer o no a juicio, que aquella no comparecencia generalmente supone una privación de un beneficio. La no comparecencia del demandado a juicio, jurídicamente se lo conoce como rebeldía o contumacia, con ello la consecuente privación del beneficio de hacer valer sus derechos, para lo cual veremos, cuales son los beneficios que reportan al demandado que concurre o hace caso omiso al llamado del órgano jurisdiccional competente.

Ante todo debemos diferenciar que no es lo mismo contumacia y falta de contestación a la demanda y por ende defensa, pues bien, la contumacia es la sordera ante el llamado del Juez, es el no darse por enterado de la existencia o instauración del proceso en su contra; en cambio se puede comparecer a juicio y no contestar expresamente a la demanda; comparecer a juicio y demostrarse rebelde solamente en el acto de la contestación y luego ser parte del mismo.

Debemos siempre tener presente el pensamiento del profesor Couture, en el sentido de que el actor al promover una acción, puede hacerlo erróneamente sin considerarse asistido por la razón y el derecho, de ahí la necesidad de comparecer a juicio y ejercitar la defensa.

Expresaremos primeramente, que el demandado, si comparece a juicio, aun cuando la comparecencia no implique contestación, no ejercite su defensa, tiene el beneficio de mantenerse informado del desenvolvimiento del conjunto de relaciones jurídicas que constituyen el proceso, de todos y cada uno de los actos realizados por la contraparte o por el órgano jurisdiccional actuante, la necesidad de defenderse radica en que al ser parte del proceso, el demandado puede tomar cualquier iniciativa frente a tales actuaciones procesales y después no encontrarse frente a sorpresas desagradables que normalmente se pueden dar ante la rebeldía total.

Para el caso de que las pretensiones contenidas en la demanda sean infundadas, el contestar a la demanda y ejercer su legítimo derecho a defenderse, origina la oportunidad de presentar al juez la verdad de los hechos y a través de las excepciones bien fundadas enerva el

falso derecho pretendido por el demandante, ante una pretensión fundada, ya que será inútil ejercer una defensa con excepciones falsas e infundadas.

Si es verdad que la demanda debe contener los fundamentos de hecho y de derecho, tal como lo determina el Art. 67 del Código de Procedimiento Civil, los mismos deben ser expuestos con claridad, y según el mismo cuerpo legal el artículo 113, “es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en juicio, y que ha negado el reo”. Aunque no en todos los procesos, la rebeldía del demandado, implica negativa de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda; nos preguntamos, que si el demandante propuso una acción fundándose en hechos que no son ciertos, que carecen de fundamento; no le será más fácil a éste, probarlo sin la concurrencia del demandado, sin oposición, en definitiva sin defensa, obligadamente responderemos, que así ocurrirá, ya que al actor le será totalmente fácil llevar el proceso a su antojo y lograr los objetivos por el propuestos, como quien diría manejar el juicio unilateralmente.

En materia civil este derecho comienza su ejercicio desde el momento en que se contesta la demanda pues en todo proceso, sus piezas fundamentales lo constituyen la demanda y la contestación a la demanda. La demanda es la expresión de la acción y la contestación se manifiesta con la excepción; sobre esas piezas va a girar toda la contienda; de manera que esta contestación al igual que la demanda debe merecer, prolijidad, amplitud, claridad, para poder aspirar a resultados, que puedan enervar las pretensiones del accionante y satisfacer la posición del demandado.

El inciso tercero del artículo 400 del Código de Procedimiento Civil, al tratar sobre la junta de conciliación dispone que: *“la falta de concurrencia de una de las partes constituirá indicio de mala fe y se tendrá en cuenta en costas al tiempo de dictarse la sentencia”* (Nacional, 2012). Si el demandado no comparece a juicio, es evidente suponer, como ya reflexionamos anteriormente, que no tendrá conocimiento a lo ordenado por el Juez, entendiéndose ésta circunstancia como una mala fe de este litigante; por otra parte si la sola falta de concurrencia a una diligencia judicial, como es la junta de conciliación, constituye indicio de mala fe, con mayor razón a de entenderse la falta de comparecencia a todo juicio. La consecuencia de todo ello es la condena en costas y el reconocimiento de la pretensión solicitada por el actor.

Aunque los casos expuestos, los hemos planteado en forma negativa, vale decir, desde el punto de vista de la falta de concurrencia a juicio o renuncia de la defensa por parte del demandado, a la vez que por la falta de contestación, es obvio suponer, que desde el punto de

vista de la contestación, todos los efectos negativos se vuelven positivos para el demandado, y por ende el valor que tiene para él, el proponer sus defensas al contestar la demanda.

Para el cumplimiento de las obligaciones dentro de nuestro sistema procesal no se considera el “plazo de gracia”, contemplado en otras legislaciones, no es aceptable recurrir al juez exponiendo tal o cual circunstancia que haya impedido el cumplimiento oportuno de una obligación por parte del demandado, plazo de gracia, que dicho sea de paso debe ser considerado en nuestro quehacer jurídico, ya que con esto se evitaría el proponer un sinnúmero de excepciones contradictorias e improbables. Al no haber este tal llamado plazo de gracia, el demandado, lo único con lo que puede contar como defensa, ante la arremetida del actor, que lo obliga a cumplir con su exigencia; es el tiempo que pueda dilatar la litis o darse un tiempo para cumplir la obligación y el llegar a esto se lo puede conseguir solo con la contestación a la demanda, proponiendo excepciones y defensas.

En otros casos, las pretensiones del actor pueden contener fundamentos de hechos reales, pero carentes de derecho o de norma legal que los ampare, o puede ocurrir que el titular del derecho este asistido de norma suficiente para ejercer la acción, pero erróneamente haya escogido la vía o camino procesal diferente al señalado por la norma adjetiva para esa clase de acción y que incluso al mismo juzgador se le escape el aplicar dichas normas y conceder las pretensiones del actor, ante la no aparición del demandado para ejercer su defensa. Más, si el demandado concurre a juicio y se defiende por intermedio de las excepciones, el proceder del juzgador será legal y justo, el resultado del proceso, esto es la sentencia, será real ya que dará a cada quien según lo que hayan aportado en la etapa de prueba, o a su vez según lo que hayan podido probar, todo esto en concordancia a que el juez no puede dar más de lo solicitado.

Además es fundamental que el demandado aparezca en el juicio y ejerza sus defensas ya que incluso el juzgador puede actuar de una manera indiferente respecto de los derechos que le asiste al demandado, porque no hay presión ni exigencia de parte de éste; ya que el juez, si no hay quien lo haga recapacitar, quien lo oriente, él por sí solo no le interesa averiguar ciertas circunstancias inherentes al demandado ausente, actúa y escucha solo lo que dice y hace el actor y fallará de acuerdo con las pretensiones constantes en la demanda y que ha logrado probar el demandante.

1.2. La comparecencia y rebeldía.-

La comparecencia a juicio significa la presencia del demandado en el juicio; en el que hace constar el domicilio judicial para posteriores notificaciones y la designación de su abogado defensor, como lo establece el Art. 75 del Código de Procedimiento Civil.

Al momento de la citación y del texto de la misma, nace el deber que tiene el demandado de comparecer a juicio bajo apercibimiento en rebeldía, pues, de ahí que ante la obligación que tiene el demandado de presentarse a juicio para atender al llamado del juez y para que se manifieste sobre las pretensiones del demandante y que en caso de no obedecer se proseguirá el proceso sin contarse con él, esto es lo que se llama rebeldía.

El tratadista Escriche, define a la rebeldía así:

“es la situación jurídica en que se encuentra el que no acude al llamamiento judicial, sea por ignorancia del llamado o por voluntaria desobediencia y cuya consecuencia es la continuación del juicio hasta su término en ausencia de la parte rebelde y no obstante la misma”, (Escriche, 1972, pág. 915).

Aunque, como vemos en la definición anterior, la rebeldía se refiere indistintamente a cualquiera de las partes que intervienen en un proceso, y así es, durante el proceso cuando hay llamado del juez a cualquier actuación judicial y no hay la comparecencia de una de las partes, a la que no comparece declarase rebelde; pero la tendencia general es, tratar de la rebeldía con la mirada puesta en el demandado y así, varios tratadistas estiman que es juicio en rebeldía, pese a la citación judicial hecha en debida forma.

En materia penal, salvo en los casos de acusación personal, rige en forma absoluta el principio “de que a nadie se le puede juzgar sin ser oído”. En materia civil, también rige este principio, pero no es absoluto, ya que en caso de la no comparecencia de la parte, a pesar de la citación judicial legalmente realizada, se sigue el juicio en rebeldía.

Este procedimiento al igual que las demás instituciones jurídicas, las hemos heredado del derecho romano, según tal legislación, cuando se presentaba el demandante haciendo su reclamación, o mas bien dicho deduciendo su acción, el juez daba al demandado un plazo de diez días para que comparezca, plazo que se llamaba “primun edictum”, si no comparecía, se le hacía dos citaciones más concediéndole igual plazo, y si a pesar de eso, tampoco comparecía, se daba el “edicto perentorio”, por el que se anunciaba al demandado que se pronunciará sentencia,

comparezca o no. En efecto, cumplido el término respectivo, se dictaba sentencia, la misma que no era apelable.

Todavía más, el derecho romano, con el rigor característico de la época, encontró la forma de satisfacer al actor la “*manus injectio*” que consistía en la entrega del demandado que eludía la acción judicial; con este extremo apremio personal, el acreedor se indemnizaba su crédito, con el trabajo forzado del deudor.

La institución de la rebeldía, con ciertas variantes, según el transcurso del tiempo y los lugares, ha venido sosteniéndose desde el derecho romano hasta las legislaciones modernas.

Siguiendo ciertas disposiciones del derecho romano, relacionadas con la rebeldía, el derecho español estableció en las siete partidas “*es asentamiento*”, que era la facultad que tenía el actor de que se le ponga en posesión de la cosa que reclamaba, cuando su acción era real o de que se entreguen bienes del deudor equivalentes a la deuda, cuando la acción era personal, bienes que podían ser devueltos al demandado, si éste comparecía dentro del término que fijaba la ley, con lo que se seguía el juicio en forma común y corriente.

En el derecho procesal de todos los países, la rebeldía tiene su capítulo especial; en el derecho italiano tiene el capítulo importante “*Della contumacia*”, y en el francés el de “*jugements por défaut*”.

En los tratados de derecho procesal civil, se encuentra también a la rebeldía con la denominación de contumacia, nombre que ha sido tomado, como lo vemos, del derecho procesal italiano, en el que se llama “*contumace*” al litigante que no comparece a juicio y “*contumacia*” a esa no comparecencia, así como disponía que ante la sola comparecencia de una de las partes, la causa sea “*giudicata in contumacia dell'altra*”, esto es que sea juzgada en rebeldía de la otra.

En nuestra legislación no se ha empleado la palabra contumacia, pero en otras sí, llegando a darle un significado especial, contumacia igual a repetición de la desobediencia al llamado del juez, es decir, la contumacia era la reiterada rebeldía.

El procedimiento en rebeldía se funda en razones de equidad y justicia, pues como ya recalcamos, es un principio fundamental el que a nadie debería juzgársele sin ser oído, pero también sería injusto, que quedaran en suspenso o desamparados los derechos que tiene el

demandante contra el demandado, solo porque éste, talvez de mala fe elude el cumplimiento de sus obligaciones y le deber de comparecer al juicio.

Aunque la ley no tiene en cuenta el elemento subjetivo para la rebeldía, sino más bien el elemento objetivo de la no comparecencia, los tratadistas han interpretado de diferentes maneras el sentimiento del rebelde, encontrándose opiniones divididas al respecto, unos creen que el silencio del demandado implica la esencia tácita de las pretensiones del actor; otros estiman, que ese silencio significa más bien una resistencia pasiva, en sí, una oposición tácita.

Los que manifiestan que la falta de cumplimiento al deber de comparecer a juicio, es un consentimiento tácito, fundamentan su argumentación en un adagio popular latino que dice: “qui tacet, concentire videtur”, esto es, el que calla parece que consiente, o quien calla otorga a su vez, puede tener también fundamento romano, que ellos establecieron como presunción de derecho, interpretando la ausencia del rebelde, como efecto de la carencia de pruebas suficientes para presentarse al debate judicial con posibilidades de éxito, equivaldría a un allanamiento tácito, pero no precisamente tal.

Para nuestra legislación, la falta de comparecencia a juicio, se la entiende y el juez la preciará como indicio contra el mismo y como una negativa simple de los fundamentos de la demanda, así determina el artículo 103 del Código de Procedimiento Civil.

Pero más fuerte parece la argumentación de aquellos que sostienen, que el incumplimiento del deber del demandado de comparecer a juicio, es una negación tácita de los fundamentos de la acción, ya que éste nació de la resistencia u oposición al cumplimiento de la obligación; la demanda se origina ante la negativa u oposición de cumplir tales obligaciones y al ser demandado mantiene la misma actitud, y el juez es quien debe regular, ateniéndose a la ley, y resguardando el derecho del demandante.

La rebeldía se manifiesta, por la no comparecencia del demandado, o la no comparecencia del actor a las posteriores actuaciones judiciales en las que se requiere su presencia y la del otro, tanto en el uno como en el otro caso, hay una inactividad de las voluntades de las partes. Por cierto que es más frecuente la rebeldía del demandado, pues, es de suponer que el demandante, por lo mismo que resuelve iniciar la acción y así lo hace, lleva el propósito fundamental de entrar en lucha y llegar hasta la consecuencia final, pero con todo, esta intención a veces desmaya y se presentan los casos de rebeldía del actor, y si ésta situación

continúa por un lapso establecido por la ley, se transforma en lo que en nuestra legislación se denomina “abandono de la causa”.

Un principio elemental es la equidad, obliga a impedir que el actor someta una presentación a su entero capricho y luego de iniciado, dilatando quizá la prosecución del juicio según sus conveniencias, por tanto la ley debe garantizar los derechos de ambas partes, y ante tal procedimiento del actor debe defenderse también los intereses del demandado.

No se debe creer que ante la rebeldía del actor, el juez rechazará de plano la demanda, pues la sentencia tiene que basarse en las alegaciones tanto del demandado como las del actor realizado hasta cuando tuvo presencia o antes de que se le manifiesta mediante el abandono, que es la abstención de toda actividad una vez iniciado el juicio.

El procedimiento para la rebeldía del demandado, está claramente determinado en el artículo 103 del Código Procedimiento Civil, que dice “*La falta de contestación a la demanda, o de pronunciamiento expreso sobre las pretensiones del actor, será apreciada por el juez como indico en contra del demandado, y se considerará como negativa simple de los fundamentos de la demanda, salvo disposición contraria*” (Nacional, 2012).

En el juicio ordinario, al respecto se dice: “Una vez que el juez estime que la demanda es clara y completa, dará traslado con apercibimiento en rebeldía, simultáneamente a todos los demandados”. Artículo 396, inciso segundo.

En el juicio verbal sumario, como en la audiencia de conciliación es cuando se contesta a la demanda, el Art. 832 establece: “De no concurrir el actor o el demandado a la audiencia de conciliación se procederá en rebeldía”. Así por el estilo, para cada juicio está reglamentado lo que debe ser la rebeldía, en los juicios llamados especiales en cada uno hay disposición al respecto.

Es muy natural que en una institución jurídica muy importante como ésta y en la que se puede comprometer el honor de una persona o la fortuna, tiene mucha importancia la citación con la demanda, pues como lo dice el profesor Lovato en el siguiente texto:

“uno de los efectos de la demanda es el de obligar al citado a comparecer ante el juez, para defenderse o para allanarse a la demanda. Si el demandado deja vencer el

término que tuvo para esto se le declarará rebelde a solicitud del actor, si falta ésta solicitud no puede declararle rebelde” (Lovato., 1962., pág. 186).

Y para que cumpla estos efectos, la demanda debe llegar a poder del demandado, entregándole en persona o por tres boletas, de la manera que lo establece el art. 93 del Código de Procedimiento Civil; pero desgraciadamente esto no siempre se cumple por parte de los empleados encargados de realizar las citaciones, quienes sientan razón de haber citado sin que en la realidad haya acontecido así, causando graves perjuicios al demandado, porque si nunca supo, por no haber recibido citación alguna, por más deber e intención que tenga de comparecer a juicio, no lo hará; pero de comprobarse ésta terrible irregularidad, tendrá lugar a solicitar la nulidad.

Declarado rebelde el demandado, la litis se traba solamente sobre los fundamentos de la demanda, pues el silencio del demandado se considera como una simple negativa de los fundamentos, así lo previene el art. 103 del Código de Procedimiento Civil, y el juez pronunciará sentencia en base a los derechos reclamados y debidamente comprobados por el actor.

Nos preguntamos si el demandado, puede comparecer deduciendo excepciones, es decir, contestando a la demanda, con posterioridad al término concedido para tal efecto; según el criterio del Dr. Peñaherrera, aseguramos que el demandado perfectamente puede comparecer deduciendo excepciones, pero en el lapso comprendido entre el auto declaratorio de rebeldía y la recepción de la causa a prueba, tal cosa lo ratifica el art. 104 del mismo Código de Procedimiento Civil, en el que permite que, el demandado pueda reformar las excepciones y aún deducir otras perentorias; éste razonamiento lo sacamos con negativa de los fundamentos propuestos por el actor, entonces porque no va a poder formular excepciones mientras subsista el período de la litiscontestación.

Por último, dentro del proceso, hay casos en que el juez corre traslado a una de las partes, ante esto, éstas deben pronunciarse o concurrir a tal diligencia o actuación judicial, y en el caso de abstenerse, a petición de parte se declarará la rebeldía, pero ésta rebeldía producirá efectos solo sobre tal diligencia y contra la parte que no concurrió, mas no produce los efectos de la rebeldía de la contestación a la demanda y sin que se cuente con el demandado sino para notificarle la sentencia, en éste caso habrá de seguir contándose con tal rebelde.

1.3. El derecho del demandado a defenderse.-

Según Rocco dice que la acción:

“se origina como medida o interés de institucionalizar la prohibición de la defensa privada ya que si fuera permitido al titular de los intereses tutelados por el derecho satisfacer directamente sus propios intereses y sin tener que recurrir a los órganos jurisdiccionales competentes del Estado, retornaríamos a la época de la justicia por las propias manos, situación desaparecida desde hace tiempos” (Rocco, 1970, pág. 337).

Si en verdad existe la obligación ineludible por parte del Estado a dar la presentación jurídica a los litigantes, es una pretensión individual del demandado que también sea escuchada su posición o pretensión, este derecho también primordial es el derecho de defensa procesal, pues, así como el actor al formular su acción pretende que la autoridad jurisdiccional competente restituya o permita hacer efectivo su derecho, que como ya analizado, puede pretender inclusive sin tenerlo y a sabiendas o por error, por éstas razones el demandado, también pone en conocimiento de su juzgador sus pretensiones que igualmente pueden ser verdaderas, falsa y mentirosas con pleno conocimiento, pero ese es el derecho de defensa en juicio y así entre afirmaciones y negaciones tanto del actor como del demandado, se traba la litis, y será el juzgador quien determine, en base a lo demostrado en el proceso, mediante las llamadas pruebas, quién verdaderamente tiene la razón.

Esta situación es producto del derecho subjetivo alegado por el actor y la posible obligación de la persona demandada, de la existencia o no de la determinada relación jurídica ya establecida depende la libertad jurídica del demandado o mas bien debería llamarse la liberación del demandado, respecto del proceso.

En cuanto a los intereses o voluntades, son iguales la voluntad del actor que quiere llevar a su favor el dictamen favorable como reconocimiento de su aseveración propuesta en la acción, e igual el demandado, tiene el anhelo de tener la razón de sus aseveraciones y que al contrario serán la negativa a las pretensiones del actor.

Por tanto un fallo de una u otra manera satisfacer tanto al actor como al demandado en sus derechos que han sido protegidos, si el uno o el otro han logrado probar sus aciertos, tanto de la acción como del derecho del demandado al ejercer su defensa y excepciones.

El derecho de accionar que compete al demandado, acertadamente Rocco lo llama “*derecho de contradicción en juicio*” (Rocco, 1970, pág. 215) es un derecho nada diferente del derecho de acción, sino que se presenta de una modalidad diferente, desde el punto o lugar del que se lanza sus pretensiones, la posición de los sujetos activos de la relación procesal.

El objeto fundamental pretendido por el demandado, ante la autoridad competente del Estado, va inclusive en forma paralela en relación al actor y es finalidad objetiva del Derecho Procesal Civil, tener claramente las mencionadas pretensiones de ambas partes procesales, para poder tutelar los derechos en litigio y dar a cada quien lo que corresponde, dando así una satisfacción que está comprendida en los parámetros del derecho sustantivo, intereses que deben ser satisfechos siempre y cuando estén contemplados y protegidos por la ley.

Todos los intereses tutelados por el derecho objetivo material deben encontrar la plena satisfacción dentro del proceso siempre encuadrado en el marco jurídico legal. Toda pretensión de donde provenga, sea del actor o del demandado, será satisfecha, pero solo la que esté amparada por las disposiciones legales y no hay pretensiones que deba ser satisfecha sin estar dentro de ella, inclusive dejando de lado aquellos intereses que pueden ser verdaderos pero que no tiene soporte legal, tal es el caso de derechos que se han transformado en naturales y que son sacrificados por falta de disposición expresa, vacío legal o mediante una prescripción.

Las normas procesales reconocen la pretensión del demandado presentada a consideración de los órganos jurisdiccionales competentes, como una contradicción frente a la posición del actor, todo esto con el fin de asegurar la satisfacción de los intereses precautelados por el derecho positivo en un marco naturalmente legalista y sin perturbar la libertad individual, este es el legítimo derecho de contradicción en juicio, porque además como principio innegable se reconoce la igualdad de las partes en el proceso.

En el proceso de cognición, no sabemos cuál de las partes litigantes es la poseedora de la verdad, respecto de la pretensión, a quien debe tutelar el derecho, por tanto el principio de igualdad será que “a la pretensión del actor al presentar su demanda, corresponde el rechazo por parte del demandado a la demanda”, la pretensión que corresponde al demandado es la facultad de exigir obligatoriamente por parte de los órganos jurisdiccionales, la declaración mediante sentencia, de las concretas relaciones jurídicas deducidas en juicio.

Mientras la pretensión del actor en su tesis, es la del demandado en su antítesis; mientras el accionante solicita la declaración positiva de su certeza, el accionado presenta su

pretensión tendiente a la declaración negativa de la certeza pretendida por el actor o viceversa, es el reconocimiento de sus aciertos o afirmaciones por parte de quien ejerce el poder jurisdiccional, todo esto en base a las pruebas y al encuadre de las disposiciones legales preexistentes referentes al caso concreto que se está juzgando.

Es una contradicción por otro lado, paralela, porque paso a paso a lo afirmado por el actor, el demandado objetará o excepcionará, lo testificado por él actor, será replicado o contradicho por los testigos de parte contraria, este juego de posiciones es declaración positiva para el actor respecto de sus pretensiones y declaración negativa respecto de las pretensiones del demandado.

Rocco, al respecto manifiesta que:

“los órganos jurisdiccionales no deben juzgar de la existencia o inexistencia del derecho a la tutela jurídica del actor o del demandado, o sea que no deben juzgar de la existencia o inexistencia del derecho de acción o de contradicción en juicio, sino que deben juzgar su existen o no las relaciones jurídicas sustanciales, inciertas o controvertidas afirmadas como existentes por el actor y afirmadas por el demandado, o bien, negadas por el actor y afirmadas por el demandado” (Rocco, 1970, pág. 321).

Este es el llamado legítimo derecho de defensa del demandado.

Es más, mantenemos este criterio porque de no ser así al acogimiento o calificación de la demanda del actor, se entendería como un reconocimiento del derecho de acción de éste y desconocimiento del derecho del demandado a defenderse en juicio, sino que solamente es un reconocimiento mediante sentencia del derecho sustancial alegado por el actor, y tampoco el rechazamiento de la demanda del actor implica desconocimiento del derecho de acción del actor y un reconocimiento del derecho afirmado por el demandado.

Ante el derecho de accionar, consagrado tanto en la Constitución como en el Código Procesal, también el demandado está asistido por la Constitución de la República del Ecuador y la ley a ejercitar su legítimo derecho a la defensa, así lo establece en su Art.76 numeral 7, literal a, que dice *“Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado de del procedimiento”* (Constituyente, 2008)

1.4. La excepción como medio de defensa.-

Cuando el derecho sufre un choque, es violentado, obstaculizado, desconocido o hay necesidad de ser declarado, es cuando nace la acción, es decir: la facultad de la persona de solicitar al órgano jurisdiccional competente, la pretensión de todo cuanto es menester, para reintegrarlo, asegurar el goce o declararse suyo el derecho dudado; más puede suceder que ese derecho supuestamente violado, no sea en realidad, o que la violación de ese derecho no exista, o que sea violado parcialmente, que no haya obstáculo para el ejercicio del derecho, o que el derecho supuestamente en duda, tenga su verdadero titular, o por último que la acción tal como ha sido propuesto no sea admitida, ante estos supuesto, verdaderos o falsos, quien ostenta la calidad de demandado, también amparado por su legítimo derecho a defenderse ante tal circunstancia, hace uso de lo que jurídicamente se llama la excepción, la misma que tomada en sentido común o general es aquella que sale o se excluye de la generalidad, es lo anormal o extraordinario con respecto de la regla, que es la normal y ordinaria.

Al momento mismo de presentarse la demanda, el fin u objetivo del actor, es obtener del órgano jurisdiccional, la reparación del derecho, asegurar el goce del mismo y en cambio para el demandado es obtener una absolución total o parcial de los cargos imputados u obligaciones reclamadas y para lograr este objetivo tienen que acudir a razones y fundamentos que afecten al proceso, a la demanda misma o al contenido de ésta.

El proceso puede adolecer de fallas, como defectos en materia de presupuestos procesales; la demanda puede adolecer de vicios que atañen a sus requisitos propios, o al fondo de la misma, según las circunstancias del hecho o del derecho.

El deber de la política procesal, es cuidar de la existencia de los requisitos propios, necesarios para la validez del proceso, a fin de que se desenvuelva sin obstáculos y de esta manera lograr el cumplimiento de las normas jurídicas y la satisfacción de los derechos. Estos requisitos, conciernen al órgano jurisdiccional, a las partes y al instrumento con que el proceso se inició. Si el tribunal o juzgado carece de jurisdicción, o es incompetente, o la parte carece de capacidad o la demanda no está debidamente concebida, etc., surge de inmediato el problema sobre estas fallas y la tramitación del proceso se transforma inútil; entonces la iniciativa del demandado, radica en denunciar la ausencia de estos requisitos, para lo que se vale del medio denominado excepción procesal, que en concreto constituyen las excepciones dilatorias, porque se las plantea en función del proceso.

Si la defensa del demandado está planteada o dirigida expresamente al fondo mismo de la demanda, atacando a las circunstancias de hecho o de derecho, en cambio nos encontramos frente a las excepciones perentorias; y estas defensas cuando atacan al hecho o circunstancias de hecho pueden ser: la inexistencia del hecho constitutivo afirmado por el actor; existencia de hechos ya extinguidos y mencionados en la demanda; existencia de hechos defectuosos en la constitución del derecho constante en la demanda.

O cuando el demandado se defiende atacando al derecho mismo contenido en el libelo de la demanda, tenemos las excepciones como las de: inexistencia de la norma indicada en la demanda; existencia de una norma la misma que no ha sido invocada en la demanda.

Estos medios o instrumentos de defensa que dispone el demandado, para oponerse o menospreciar las pretensiones del actor, como ya lo hemos expresado son las excepciones; si atacan al proceso mismo, se llaman dilatorias y si atacan al fondo de la acción son perentorias.

El maestro de derecho procesal civil, Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, nos indica: “La excepción es la facultad legal del demandante de impedir que la acción sea admitida a juicio, o de obtener que, admitida a discusión sea rechazada total o parcialmente” (Peñaherrera V. M., 1968-70, pág. 298).

Giuseppe Chiovenda al referirse a la excepción manifiesta:

“a) En un sentido generalísimo, la excepción comprende cualquier defensa del demandado, incluso la simple negación del fundamento de la demanda; y en este sentido general comprende comúnmente, y a veces por la misma ley las repuestas referentes a la regularidad del procedimiento;

b) En un sentido más estricto, la excepción comprende, cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos y por lo mismo la acción;

c) En un sentido aún más restringido comprende, como vemos, solo la oposición de hechos, que por sí mismos no excluyen la acción (tanto que si son afirmados por el actor el juez no puede hacerse cargo de ellos), pero dan al demandado el poder jurídico de anular la acción. Este último significado de la excepción del cual nos vamos a ocupar, aunque de una manera sucinta, aquí. Excepción en sentido sustancial, se presenta como un contra derecho frente a la acción y por lo tanto como un derecho potestativo dirigido a anular la acción. Así como cuando no existe un hecho constitutivo y normalmente cuando existe un hecho impeditivo o

extintivo no existe la acción y por lo mismo la demanda es infundada, en este caso la acción puede existir o no existir, según que el demandado haga o no uso de su contra derecho....”
(Chiovenda., 1947., pág. 395).

Como norma general debemos entender que la excepción es el medio efectivo de defensa disponible del demandado, pudiendo oponerse como excepción la simple negación de los fundamentos de la demanda.

La excepción es la contraposición de un hecho impeditivo o extintivo que excluya sus efectos jurídicos y por lo tanto la acción.

Por último, en sentido restringido, la excepción comprende la sola oposición de hechos que por sí mismos no excluyen la acción, pero que al final constituyen para el demandado un poder jurídico con capacidad de anular la acción.

La excepción es la contraparte de un hecho impeditivo o extintivo que desvanece las consecuencias jurídicas y por tanto la acción; algunas excepciones sustanciales, como la de prescripción por ejemplo o la de pago, su propósito es extinguir tanto la acción como el derecho mismo; mientras que otras como la de excusión, plazo vencido, falta de personería, solo pretenden contrarrestar la acción, pero no van contra el derecho.

Las excepciones en forma general son las armas o medidas tácticas que tienen a la mano y por tanto que deben ser utilizadas por el demandado a como dé lugar, en forma legal, aunque con argumentos o fundamentos que no sean verdaderos, aún con evasivas, aún con ataques al mismo juzgador, es decir con defensa imaginarias, así luego de evacuadas las pruebas no le sean favorables y si lo son mejor, pues solo extremándose de esta manera podemos hablar que el demandado a ejercido su legítimo derecho a la defensa, y a su vez del juzgador podrá ver con mayor objetividad y pronunciarse dando a cada quien lo que le han aportado dentro del proceso, desde su principio hasta el final.

Título 2

2.1. Las excepciones.-

La excepción tiene su importancia en el Derecho Procesal, pues al demandado, sujeto pasivo de la relación jurídica le compete hacer frente a la pretensión del actor, mismo que se encuentra firme en sus pretensiones y el demandado asume una actitud de defensa, excepción, por esos se denomina a las excepciones como defensas.

De lo que podemos colegir que las excepciones son un elemento primordial al momento de contestar la demanda y que no debe faltar en la elaboración de este documento. Si la acción constituye el fundamento de la pretensión el demandante, las excepciones se refieren fundamentalmente a los aspectos jurídicos que están en juego, alrededor de la cosa que se discute.

Entonces, resulta que las excepciones constituyen lo que podría significar la parte artística de la contienda judicial. La técnica, el arte del derecho puesto a la orden de la defensa de un encausado, se debe en consecuencia saber utilizar este recurso para los mejores logros de la defensa.

La excepción es argumento estrictamente jurídico que tiene el demandado para oponerse a la acción. La demanda es el continente de la acción y la contestación es la excepción. Si bien los hechos exigen claridad, orden, prolijidad, el derecho exige conocimiento, para poder invocar con oportunidad los argumentos jurídicos (excepciones) adecuados, que puedan oponerse al sustento jurídico de la acción.

La excepción se la conoce desde el Derecho Romano, la exceptio constituyo la restricción o excepción puesta por el Magistrado al poder conferido por el Juez; si existían circunstancias que por equidad podían librar a una persona a ser condenada, ésta por excepción tenía que hacerlo; pues por medio de ella se corregía el error del derecho civil, permitiendo al juez en esos casos atenerse a la equidad; se moderaba entonces el rigor del derecho civil; posteriormente la excepción perdió este sentido estricto y constituyo en un medio de defensa que el demandado hacía valer ante la Autoridad Judicial y que en sentido amplio comprendía todo aquello que al demandado podía servirle, ya para diferir la acción, ya para destruir total o parcialmente... (Peñaherrera V. M., 1992)

Significado último con el que opera en el sistema procesal actual.

La manera más idónea de defenderse, es acudiendo en forma legal al órgano jurisdiccional competente, y dirigiendo oposiciones a la pretensión del actor y la forma de hacerlo es acudiendo con la contestación a la demanda y sus respectivas excepciones, ante quien conoce de la causa.

Entre acción y excepción existe un delicado paralelismo, ya que si se habla de acción, de hecho hay que hacerlo de la excepción o viceversa, como manifiesta el profesor Couture

“el tema de la excepción es, dentro de una concepción sistemática del proceso, virtualmente paralelo al de la acción. La acción como derecho de atacar, tiene una especie de réplica, en el derecho del demandado a defenderse. Toda demanda es una forma de ataque, la excepción es la defensa contra ese ataque, por parte del demandado.

Si la acción, como decíamos, el sustituto civilizado de la venganza, la excepción es el sustituto civilizado de la defensa.” (Couture, 1948., pág. 90)

Entonces lo normal ante un ataque es una debida defensa; o lo que jurídicamente lo es, ante una demanda una contestación a la misma, o más profundamente; ante una acción, no solo una excepción sino varias.

Couture dice sobre el derecho a la defensa:

“Lo que se da al demandado la eventualidad de la defensa. Esta defensa, en cuanto a su contenido podrá ser fundada o infundada, podrá ejercerse o no ejercerse podrá ser aceptado o rechazado en sentencia. El orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse, sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere” (Couture, 1948., pág. 90)

El demandado es el sujeto pasivo de la pretensión, pero también un sujeto activo de su derecho de contradicción. Pues en la Constitución de la República del Ecuador, en su Capítulo Octavo, Derechos de Protección, Art. 75, dice:

“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”. (Nacional, 2012)

He aquí el instrumento adecuado para ejercer la defensa, la excepción, porque con excepción el demandado puede defenderse de las pretensiones del actor, sean estas fundadas o infundadas, con derecho o sin derecho, bien planteadas o mal planteadas, erróneas o verdaderas, de la misma manera la excepción es un ataque desaforado a toda pretensión del demandante, igualmente la defensa puede ser fundada o infundada, puede ser acogida o rechazada, porque el defenderse es excepcionarse, y en la práctica se puede ver que jamás el demandado acepta o se allana a una demanda, siempre ejercita su defensa, y aun no contestando está ejercitando la defensa, porque su silencio se entiende como negativa simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción propuesta.

De lo anotado, concluimos que la forma de ejercitar el derecho de defensa es utilizando este instrumento, que bien aprovechado, es de suma eficacia, esta es la excepción.

2.2. Concepto.-

La palabra excepción, generalmente significa, toda clase de defensa; pero debiéndose distinguir la defensa que utiliza el demandado, que es una actitud diferente del allanamiento, la negación de los hechos constitutivos, que es oposición a la demanda; y el alegar hechos extintivos u optativos que es oponer objeciones, y el hacer uso de hechos excluyentes, del derecho del actor.

Frente a las pretensiones del demandante y fundándose en el elemental principio de defensa, el demandado se presenta como si dijéramos repeliendo el ataque. El primero fundamenta su acción en la relación de su derecho por parte del demandado, pero puede ser que tal violación no exista o que éste también tenga sus razones, como en efecto muchas veces la tiene y más bien sean sus derechos los que intenten violarlos el adversario; surge entonces la defensa del demandado.

Por regla general la defensa del demandado consiste en algún defecto inherente al contenido y forma de la demanda; si al promoverla el actor tuviera el cuidado de ver que reúna absolutamente todos los requisitos de forma y fondo, de asegurarse que los títulos o derechos en que fundamenta su acción sean indiscutibles, de dirigirla a quien corresponda, etc., de manera que su demanda sea intachable, la defensa del demandado sería imposible, este por lógica y en defensa de sus mismos intereses evitaría embarcarse en un juicio que tendría que perder y que le acarrearía molestias y perjuicios y hasta por sentido común procedería más bien al allanamiento. Desgraciadamente, con demasiada frecuencia, el demandante no toma todas esas precauciones,

tal vez impulsado por el afán de precipitar los resultados de su acción y así da margen al demandado que velando por sus derechos e incluso sin tenerlos se defiende del ataque, y contra la acción de aquel, deduzca también las excepciones de que se crea asistido.

Desde el antiguo Derecho Romano encontramos confundidos los conceptos de defensa y excepción, eran pues, términos sinónimos “defensiones sive excepciones”, decía la ley, defensas o excepciones y se comprendía en ese concepto indistintamente todo medio empleado por el demandado para defenderse del ataque de su adversario.

En las leyes de las siete partidas, encontramos también confundidos esos conceptos, pues, a la excepción la tenemos allí, con el nombre de defensión. En el derecho francés se llaman defensas, (defensas) las contradicciones u objeciones a las contradicciones relativas a la forma.

Veamos los diferentes conceptos de esta palabra, hasta llegar al concepto científico que hoy tiene el derecho procesal:

Etimológicamente, excepción proviene del verbo latino excipere, que significa reclamar, echar afuera, implica pues una especie de desmembramiento de la acción. En un sentido generalísimo se entiende por excepción cualquier defensa del demandado, aún la simple negación de la demanda, como dice: Goldschmidt “*Los medios de defensa reciben genéricamente el nombre de excepciones*”. (Goldschmidt, 1961, pág. 79).

En sentido más estricto, la excepción es la defensa de fondo, pero no la simple negativa de los fundamentos de la demanda, sino una oposición dirigida al derecho del actor propuesta en su acción, y que excluya o impidan los efectos jurídicos de la acción.

Desde otro punto de vista, comprende la oposición propuesta por el demandado por hechos que aunque no excluyan la acción la anulen. Es este concepto, se puede decir que la excepción, lo mismo que la acción se funda en hechos o derechos que preexisten al proceso y en esto se distingue de la simple negación de la demanda que es derecho que nace recién con el proceso.

El concepto científico de la excepción, diremos según Escriche “*es la contradicción o repulsa con que el demandado procura diferir, destruir o enervar la pretensión o demanda del actor*” (Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*; Tomo I, 1979., pág. 765), como esta definición de excepción, pertenece a la doctrina científica más que a nuestra codificación, no la

encontramos en ninguno de los códigos de enjuiciamiento o procedimiento en materia civil, que nos rige igual cosa sucede con el derecho de acción que es correlativa a aquel.

Así como el nuestro, casi en ninguno de los códigos modernos contienen las definiciones en referencia. Hay entre defensa y excepción la misma diferencia que hay entre el género y la especie, pues toda excepción es una defensa, mas no toda defensa puede considerarse una excepción.

Como vemos en el concepto antes citado, la excepción es una facultad o derecho de que puede o no hacer uso el demandado. Pero no hay que confundir el derecho de excepción con el derecho constitutivo, el derecho de excepción esta expresado en el concepto antes enunciado, en tanto que el derecho constitutivo de la excepción, es el derecho mismo que perteneciendo al demandado, ha sido violado, desconocido o atacado por el actor.

El derecho de excepción empieza a valer desde que hace uso de él su titular, en tanto que los derechos constitutivos de la excepción son tales, solo cuando así los ha considerado el juez, mientras tanto están en estado de expectativa.

La esencia de la excepción, es pues el derecho del demandado atacado por el actor, en el caso contrario tenemos la acción, de tal suerte que, tanto en la acción como en la excepción, lo esencial es la violación de ese derecho; la denominación solo depende de quien sea el titular del derecho violado y quien es transgresor, consecuencia lógica de esto es que, un mismo derecho violado puede servir como acción y en otros como excepción; el ejercicio judicial de un derecho, en forma de ataque constituye la acción; ese mismo derecho ejercitado como defensa constituye la excepción, tal como acontece en la práctica en un juicio reivindicatorio o a su vez en el juicio de prescripción adquisitiva de dominio.

Rocco, al tratar sobre el derecho del demandado de contradecir en juicio, manifiesta que:

“Excepción es la facultad procesal, comprendida en el derecho de contradicción en el juicio que corresponde al demandado de pedir que los órganos jurisdiccionales declaren cierta la existencia de un hecho jurídico que produce efectos jurídicos relevantes frente a la acción ejercitada por el actor” (Rocco, 1970, pág. 324).

Concepto éste que es apropiado respecto del tema, siendo una facultad del demandado dentro del proceso, es facultad porque da la opción al demandado de oponerse o a su vez

allanarse a la acción propuesta en su contra, derecho constante en la ley procesal que le ampara para contradecir lo dicho por el actor, y oponerse por su parte al órgano jurisdiccional, específicamente al juzgador, para que se le declare cierta su aseveración sobre tal o cual acto jurídico que cree tener la razón, y que con esta declaración favorable al demandado, consecuentemente tendrá una repercusión directa respecto de la acción y del proponente, como puede ser la negativa de la acción propuesta o el reconocimiento del derecho del demandado como en la reivindicación, es decir, conseguir el repudio total o parcial a la acción.

2.3.. Clasificación de las excepciones.-

Desde el derecho romano, hasta nuestros días, la clasificación más importante y más adoptada por las legislaciones del mundo, es la que divide a las excepciones en dilatorias, perentorias; esta clasificación la encontramos en el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil que dice: “las excepciones son dilatorias y perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio; y perentorias las que extinguen en todo o en parte la acción a que se refiere la demanda”.

En el derecho romano, se les llama también temporales a las dilatorias y perpetuas a las perentorias, respecto del tiempo dentro del proceso, esa denominación que se ha conservado en la doctrina procesal, se funda en que las primeras solo se podían alegarse dentro de cierto tiempo, mientras que las segundas podían proponerse en cualquier tiempo.

Doctrinariamente también encontramos la siguiente clasificación de las excepciones:

1. Sustantivas, como la excepción de prescripción, o derivada de un hecho distinto, como la de usufructo, frente a la demanda;
2. Excluyente absolutas o reductoras de la fuerza de la acción, como la condonación, la compensación de la deuda, etc., más concretamente todas las enumeradas en el Código Civil en el artículo 1583.
3. Reales y personales; son excepciones reales, las que provienen del contrato mismo, siendo inherentes a la cosa y que puede oponerse por quien quiera que tenga interés en dicha cosa, sea en forma directa como el deudor principal, sea en forma accesoria como el fiador.

Son Excepciones personales, las que provienen de circunstancias especiales que rodean a uno o algunos de los interesados, pueden ser propuestas solo por éstos y no por cualquiera que también tenga interés en el caso, tal sucede en el caso de la excepción de beneficio de competencia, por la que el interesado no está obligado al pago de una deuda, sino en cuanto pueda pagar después de reservarse algo para su subsistencia.

Esta clasificación de las excepciones en reales y personales tiene diferente fundamento, pues se dividen en igual manera según el derecho violado haya sido real o personal.

En nuestro Código de Procedimiento Civil, nada encontramos que haga referencia a la clasificación que estamos tocando, pero sí en nuestro código Sustantivo, que habla de excepciones reales y personales, según las disposiciones del Art. 2256 del Código Civil dice:

“El fiador puede oponerse al acreedor cualesquiera excepciones reales, como las de dolo, violencia o cosa juzgada, pero no las personales del deudor, como su incapacidad de obligarse, cesión de bienes, o el derecho que tenga de no ser privado de lo necesario para subsistir. Son excepciones reales las inherentes a la obligación principal”. (Nacional, 2012)

El artículo 1536 del Código Civil dice: *“El deudor solidario demandado, puede oponer a la demanda las excepciones que resulten de la naturaleza de la obligación y además todas las personales suya...” (Nacional, 2012)*

En estas disposiciones, vemos distinguidas las dos clases de excepciones, y su significado es el que hemos anotado en las definiciones, de acuerdo con algunos tratadistas.

4. Perentorias y dilatorias, según ataquen al fondo de la acción o al proceso;
5. Simples y reconventionales, según el demandado trate de defenderse únicamente o contrademande; si solo se defiende tenemos las excepciones simples y si reconvienen tenemos las reconventionales;
6. Mixtas según se las proponga ya como dilatorias o ya como perentorias, ejemplo: la cosa juzgada.
7. Excepciones principales y subsidiarias las que se deducen para que el Juez falle sobre ellas incondicionalmente; son principales las que se oponen solo para el caso de que no sean aceptadas o no surtan efecto, las otras son subsidiarias.

El profesor Eduardo Couture al referirse a las excepciones, manifiesta que:

“es necesario hacer una distinción entre presupuestos procesales y excepciones propiamente dichas; las primeras son aquellos antecedentes necesarios para que el juicio tenga existencia jurídica y validez formal, supuestos previos al juicio, sin los cuales no puede pensarse en él.”
(Couture E. , 1958)

En cambio las excepciones propiamente dichas dice:

“estas pueden ser dilatorias, perentorias y mixtas; clasificación que obedece a la finalidad procesal de las mismas; según tiendan a postergar la contestación a la demanda, que la ataquen directamente, provocando una defensa sobre el fondo, o que mediante una simple cuestión previa, se procure la liquidación total del juicio” (Couture E. , 1958)

El profesor Rocco, clasifica a las excepciones de la siguiente forma:

- a) *Excepciones de derecho sustancial y excepciones de derecho procesal;*
- b) *Excepciones dilatorias y excepciones perentorias;*
- c) *Excepciones referentes a los sujetos y excepciones referentes a los actos procesales;*
- d) *Excepciones denunciabiles de oficio (excepciones en sentido amplio) y excepciones denunciabiles a instancia de parte (excepciones en sentido estricto o en sentido sustancial);*
- e) *Excepciones simples y excepciones reconventionales.”* (Rocco, 1970, págs. 324 - 328)

La primera clasificación tiene su razón de ser, siempre y cuando dichas excepciones se refieran únicamente al objeto o a la materia que constituye el contenido de las mismas. La clasificación de las excepciones en perentorias y dilatorias; las comprendemos, según las perentorias tienden a excluir definitivamente la existencia del derecho sustancial alegado por el actor, como la prescripción, pago, remisión o cuando las dilatorias son las que tienden a excluir la existencia y por el actor, así el estar pendiente la condición suspensiva, obligación de plazo no vencido, etc.

La clasificación respecto de los sujetos y de los actos procesales, son las que se refieren, o sobre el órgano procesal al que se ha dirigido o acudido, como la excepción de incompetencia, falta de jurisdicción o a su vez cuando se refiere a la persona del actor o del demandado, como incapacidad, falta de personería, orden o excusión, etc.

Otra de las circunstancias es la de excepciones denunciables de oficio y a instancia de parte, doctrinariamente éstas dos excepciones, son las que tienden o pueden ser tomadas por el Juez y las segundas solo cuando cualquiera de las partes solicite tal o cual excepción, y se las puede llamar, cuando son de oficio excepciones en sentido amplio y cuando son a petición de parte excepciones en sentido estricto.

La última definición en materia de excepciones hecha por el profesor Rocco, de simples y de reconventionales, las atendemos, simple cuando la excepción está enmarcada o se refiere sobre las propuestas del actor y en cambio las reconventionales cuando aprovechando las excepciones pendientes del actor a favor del demandado o sea una nueva y autónoma demanda propuesta por el demandado y dirigida contra el actor de la original acción, constituyéndose de esta manera en el actor de esta nueva demanda y el actor anterior en demandado.

La legislación Chilena, hace la siguiente clasificación respecto de las excepciones: *“Las excepciones pueden ser clasificadas desde dos puntos de vista: tomando por base el derecho sustantivo, pueden ser reales y personales; desde el punto de vista del derecho procesal se pueden clasificar en dilatorias, perentorias y mixtas”*. (Azcarate, 1970, pág. 15).

Podemos ver claramente como nuestro Código de Procedimiento Civil, ha tomado la clasificación chilena respecto de las excepciones procesales, tal como lo tenemos estipulado en el Art. 99 que ya lo citamos anteriormente; y respecto de las excepciones sustantivas también y que las encontramos tipificadas en los artículos 1536 y 2256 del Código Civil coincidente también se ha sufrido la influencia de varios tratadistas y en especial de Couture, pero de quien nuestra legislación procesal civil solo ha tomado las dilatorias y perentorias y ni en lo sustantivo toma las mixtas dejándolas a un lado.

Título 3

3. Ilegitimidad de personería.-

Si la persona que carece de capacidad procesal es demandante en juicio, se podrá reclamar sobre su incapacidad oponiendo esta excepción, es decir alegando su falta de capacidad; si no si se propone la presente excepción sea por desconocimiento o ignorancia se puede pedir la nulidad del proceso.

El doctor Víctor Manuel Peñaherrera al estudiar esta excepción dice: *“Que consiste en la incapacidad legal de comparecer en juicio o bien en la falta de poder o facultad para representar a otro”* (Peñaherrera V. M., 1968-70, págs. 49,50)

Debo recalcar que nuestro Código de Procedimiento Civil, en la Sección 10ª, Parágrafo 2o. De las nulidades procesales, en su Art. 346 de las Solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias, en su numeral 3.- Habla sobre la legitimidad de personería, cuya omisión produce la nulidad del juicio y puede ser alegada en cualquier estado de la causa y el Juez debe considerarla aún de oficio antes de pedir cualquier auto o sentencia.

Esta excepción es la determinación que el actor carece de calidad necesaria para comparecer en juicio, capacidad procesal, de que no ha acreditado la representación o carácter con que reclama, pues se necesita capacidad para poder intervenir en juicio, lo que se conoce como legitimidad en causa.

Nuestra legislación contempla tres situaciones diversas:

- 1.- Falta de capacidad del demandante
- 2.- Falta de personería del que comparece en su nombre, requisito fundamental para que nazca la relación jurídica libre de todo vicio.
- 3.- Falta de capacidad del demandado.

El doctor Juan Isaac Lovato señala que existe la excepción de ilegitimidad de personería cuando comparece en juicio:

- 1.- Por sí mismo quién no es capaz de hacerlo;
- 2.- El que asegura ser procurador y no tiene poder o el poder es insuficiente;
- 3.- El que afirma ser representante legal y no es;
- 4.- El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquel;
- 5.- Cuando no interviene el Ministerio Público, debiendo intervenir conforme a la Ley; y
- 6.- En general cuando se dejare contar en el juicio con quien necesariamente debe intervenir. Todo ello produce la nulidad del juicio (Lovato., 1962., pág. 49) ()

Esta es una excepción dilatoria, porque se fundamenta en que el demandado puede entrar a litigar aun cuando el actor carece de capacidad legal o el apoderado presenta un poder insuficiente para deducir la acción.

3.1. Falta de legítimo contradictor.-

O mejor llamada legitimación en la causa o “Legitimatio ad causam” que consiste en que el actor debe ser la persona que pretende ser el titular del derecho sustancial discutido, y el demandado el llamado por la ley, a contradecir u oponerse a la demanda, pues es frente a ellos que la ley permite que el Juez declare, en sentencia de mérito, si existe o no la relación jurídica sustancial objeto de la demanda, sentencia que los obliga y produce cosa juzgada sustancial; advirtiéndose que esta legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, porque *“lejos de referirse al procedimiento o al válido ejercicio de la acción, contempla la relación sustancial que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso. Se trata de presupuestos materiales o sustanciales para la sentencia de fondo”* (Echandía H. D., 1996, , pág. 266)

Existe falta de legítimo contradictor cuando no hay conexión por así decirlo entre la calidad del sujeto y el interés sustancial discutido.

Esta excepción conlleva un equivocado sujeto pasivo de la relación procesal, en cuanto a que la aptitud legal de parecer en juicio o la indebida representación del demandado, tienen siempre como sujetos a la verdadera persona de quien reclama o del demandado pero se realizada a través de un tercero que no es quien debe representarlo; mientras la falta de un contradictor legítimo no tiene que ver con esta falta o insuficiencia de poder sino con la falta del

derecho material. Como expresa la sentencia en estudio, “...se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido (por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el sólo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda)...”. Esta concepción del profesor colombiano tomada para sustentar el fallo referido, es muy importante, porque permite aclarar, que no es presupuesto el hecho de ser el dueño o tener un derecho sobre algo, sino creerse dueño o con derecho a una determinada situación jurídica, porque ello es lo que provoca las denominadas “cuestiones problemáticas” términos del profesor Miguel Enrique Rojas Gómez.

Como dice el Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, se trata de una excepción perentoria, no es dilatoria, sin embargo, por la confusión que existe entre estas dos excepciones, por tanto, se trata de una excepción perentoria extintiva, porque al demostrarse la inexistencia de la situación jurídica del demandado, el juez debe rechazar la demanda a igual que ocurre con la falta de derecho.

Hugo Alsina desglosa a la falta de personalidad, en dos hipótesis dice: “1) *falta de capacidad procesal en el actor o en el demandado*; 2) *insuficiencia de la representación convencional o legal invocada.*” (Alsina H. , 2003, págs. 30-31)

La relación procesal se genera de la situación jurídica de las partes en el derecho material, de esto, nace la composición procesal entre actor y opositor o demandado, si no se ha estructurado debidamente la relación procesal, se produce una falencia que impide una sentencia de fondo o de mérito, porque el demandado es el sujeto pasivo del proceso y el único contradictor que va negar lo que el actor afirma y como dice Andrés de la Oliva Santos, es quien va a “resultar afectado por las decisiones jurisdiccionales sobre pretensiones de tutela jurídico-judicial.”

Miguel Fenech, dice:

“El actor tiene libertad para dirigir su demanda “contra”- dice la Ley, mejor “frente”- a quien estime oportuno. (...) Ahora bien, la sentencia como acto esencial de la actividad jurisdiccional decisoria se configura como un deber del juez sometido a normas de derecho público que le impiden decidir sobre el fondo si la persona que debe soportar los efectos de su declaración no ha tenido la oportunidad de defenderse en el curso del proceso, y sólo podrá hacerlo, por regla general, si ha sido demandada oportunamente.” (Miguel Fenech, 1961)

Esta cita es pertinente considerarlo, porque, de esta concepción deviene la confusión de la clase de excepción, porque al demandar a quien no debe o a quien no es el afectado del derecho reclamado, el obligado legítimo no está sujeto al cumplimiento de la sentencia y por tanto, ésta se vuelve inejecutable; pero lo que importa es entender que, si bien el actor está facultado para dirigir su demanda frente a quien estime oportuno, ello no implica que puede ser a cualquiera aunque no tenga vinculación con la obligación reclamada o éste no sea el único.

3.2. Indebida integración del litis consorcio.-

Cuando existen varias personas que demandan unitariamente o son varios los demandados, se produce un proceso con pluralidad de partes, cuya acumulación según Hernando Devis Echandía, puede originarse en una afinidad de causas o en su conexión, pero es:

“indispensable tener cuidado de no confundir el litisconsorcio con la pluralidad de partes en el proceso, pues aquél es la especie y ésta el género; es decir, puede existir pluralidad de partes y no haber litisconsorcio, por ejemplo, porque se trate de un demandante o demandado y un coadyuvante de aquel o de éste. Por consiguiente, existirá litisconsorcio en tres casos: a) cuando en un proceso hay varias personas como demandantes o demandadas; b) cuando concurren al proceso terceros que reúnen los requisitos indicados; c) cuando existe acumulación de procesos con partes distintas y exista comunidad de pretensiones entre algunas de ellas” (Echandía D. , 1985)

El mismo autor clasifica al litisconsorcio en necesario u obligatorio y voluntario, facultativo o útil, el que puede ser a su vez originario y sucesivo y éste puede ser, activo, pasivo y mixto; simple y recíproco.

El litisconsorcio necesario impide al juez pronunciarse sobre la pretensión procesal porque su decisión obliga a todos y por tanto, no puede dividirse o fraccionarse la sentencia sólo para obligar o favorecer a uno y liberar o condenar a otros porque se produciría como afirma el ilustre profesor colombiano, “...una legitimación en la causa incompleta, que impedirá sentencia de fondo...”

A igual que la anterior excepción, es también una excepción perentoria, pero impeditiva, porque afecta al proceso pero no conlleva a la nulidad. Esta condición puede ser originaria o sucesiva, si se demanda la colusión en un contrato de compraventa de inmuebles debe realizarse en contra de los coludientes y del Notario que intervino en el acto formal o la

nulidad de un contrato de compraventa en contra del marido forzosamente debe ser demandada la cónyuge por ser parte en los gananciales y por tanto condueña del cincuenta por ciento, ante lo cual, estamos frente a una situación de origen; pero puede suceder que se demande la colusión en la cual intervino una institución del sector público que tenga personería jurídica, como a un Concejo Municipal o el Consejo Provincial y no se cuenta con el Procurador General del Estado, pero luego el juez motu proprio dispone la citación a dicho funcionario estatal o éste comparece al juicio, con lo cual se ha integrado un litisconsorcio de forma sucesiva.

El litis consorcio facultativo se produce por la utilidad o por el principio de economía procesal, cuando la ley o la unidad de la cosa juzgada no obligan y éste puede ser igualmente, inicial o sucesivo, que por regla general tienen una conexión jurídica.

La calidad de simple o recíproco deviene de la vinculación que tengan los sujetos procesales en el derecho material reclamado; si se demanda a todos los obligados en una letra de cambio, éstos están vinculados y si todos se oponen a la demanda y su consecuente pretensión procesal, estamos frente a un litisconsorcio recíproco; pero, si el garante demandado alega beneficio de orden, estamos ante un litisconsorcio simple.

Esta alegación y excepción es pertinente en todos los casos de litisconsorcio necesario y procede en el litisconsorcio facultativo cuando existe indebida acumulación de acciones, personas o pretensiones, lo cual deviene de la falta de conexión jurídica.

La calidad de indebida se produce porque no se cuenta con todos los demandados que deben integrar el litisconsorcio necesario u obligatorio o que se incluyen a otros sujetos procesales no vinculados con el derecho material, o se reclaman cosas de distinta naturaleza.

Por ser una excepción perentoria, debe ser alegada expresamente, no puede el juez anular el proceso, salvo que se trate del litisconsorcio necesario en el cual debe intervenir el Procurador General del Estado, por defensa del patrimonio público y mandato de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. La situación se vuelve conflictiva cuando no mediando la excepción perentoria de indebida integración del litisconsorcio pasivo se ha dictado sentencia de mérito y ésta debe ejecutarse, de ahí la confusión de la doctrina y jurisprudencia. Nosotros creemos que pese a la calidad de la excepción, el juez debe inhibirse de emitir pronunciamiento mediante auto si aparece de manifiesto que debió contarse con el otro u otros coliga dos, porque debe tener presente al momento de calificar la demanda.

. Ausencia de jurisdicción.- Está prevista como excepción dilatoria; pero atendiéndonos a lo que prevé el Art. 346 Código de Procedimiento Civil, se necesita también que aquel que ejerce la condición de juez en el proceso, se encuentre ejerciendo en debida forma sus facultades jurisdiccionales.

Partiendo de la definición constante en el Art., 1ro inciso 1ro. Del Código de Procedimiento Civil, referente a la jurisdicción y que dice: *“La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y juezas y jueces establecidos por las leyes”*. (Nacional, 2012)

Podemos decir, que la jurisdicción, consiste en la capacidad legal entregada a los jueces y juezas en el número y condiciones establecidas por la ley, poder que se hallan investidos para ejercer deben cumplir con ciertas exigencias y solemnidades legales, y de no ser así nos encontramos frente a una falla que detectada por el demandado en el juicio solicitará remedio mediante la excepción de falta de jurisdicción.

Nos encontramos frente a defectos que ocasionan la falta de jurisdicción del órgano juzgador, cuando tal se encuentra suspendido o a su vez ha perdido absolutamente la jurisdicción, o inclusive cuando dicho juez o tribunal no esté constituido por alguna circunstancia defectuosa que conlleve su ilegal intervención y como consecuencia ocasiona la nulidad el proceso, en razón de que quien actúa como juez ante la ley no lo es, y sin ser juez no hay proceso.

El Art. 16 Código de Procedimiento Civil, dice: quienes ejercen la jurisdicción legal “Ejercen la jurisdicción legal tanto las juezas y jueces ordinarios como especiales”.

El Art. 17 Código de Procedimiento Civil, dice: quienes ejercen la jurisdicción convencional “ejercen la jurisdicción convencional las juezas y jueces árbitros”.

3.3.- Incompetencia.-

Significa que el demandado ha sido llevado ante un juez extraño a su fuero; por razón de su domicilio; o por no ser el juez de la materia requerida, etc., situaciones que constituyen violación a la garantía que requiere el derecho a la defensa.

Incompetencia, así como su término contrario es Competencia, proviene del verbo latino, *competiré*, que denota pertenencia, significa competir, pretender, corresponder, etc., concepto que trasladamos al campo jurídico en el sentido positivo, significa la facultad que tiene un juez para conocer de un asunto en virtud de la jurisdicción que se le ha investido, jurisdicción ésta en determinadas circunstancias como materia, cuantía, territorio, grados y personas; en el otro sentido, entonces la incompetencia significará la carencia del juez de esta facultad, por eso, la presentación de una demanda ante un juez o tribunal incompetente, origina el derecho del demandado de proponer la excepción que venimos tratando.

En nuestro Código Adjetivo Civil en el Art. 1ro inciso 2do, nos indica lo que es la competencia; “Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón de territorio, de las cosas, de las personas y de los grados”.

Cuando el juez se excede en cualquiera de las circunstancias anotadas, el juez es incompetente y su actuación da lugar a la nulidad del juicio. Más, hay casos en que la falta de excepción origina el saneamiento de la misma, pero en casos de la materia es el juez quien debe inhibirse, o en el caso de los grados o del fuero.

Esta excepción es también conocida en nuestro derecho, con el nombre de declinatoria, porque el demandado declina o elude la jurisdicción del juez ante quien ha sido citado. En otras legislaciones, especialmente en la francesa, la excepción declinatoria comprende un grupo de excepciones, en el que por similitud, están involucradas, la litispendencia, la acumulación de acciones, etc; pero de acuerdo con nuestro criterio, más hay deferencias que similitudes entre las excepciones de incompetencia y la litispendencia, así como entre aquella y la acumulación de acciones, en efecto, si bien es cierto que la litispendencia excluye, a un juez, del conocimiento de la causa, no es esta la finalidad esencial de dicha excepción, sino impedir que un mismo asunto se tramite dos veces simultáneas ante jueces distintos o ante el mismo. De igual manera, la acumulación de autos y acciones, tiene por objeto fundamental reunir juicios que se sustancian separadamente pero que deben estar unidos en virtud de su analogía. Es por eso, que según nuestro derecho procesal la excepción declinatoria comprende solo la de incompetencia, más bien dicho, excepción declinatoria o de incompetencia son sinónimos.

Para impedir que un juez o tribunal conozca de una causa, puede el demandado presentarse sea ejercitado la excepción de incompetencia, sea también entablando juicio de competencia o juicio de recusación.

A pesar de la analogía existente entre la excepción de incompetencia y el juicio de recusación, cabe indicar que existe diferencia: la recusación se dirige directamente contra la persona del juez de cuya imparcialidad se tiene fundadas sospechas, en cambio la excepción de incompetencia se propone contra la autoridad judicial, sea quien quiera la persona que la ejerza.

Así mismo, entre la excepción de incompetencia y el juicio de competencia, llamado también acción inhibitoria, hay la diferencia que por medio de la excepción el demandado se dirige al mismo juez ante quien se ha propuesto la demanda, pidiéndole se separe del conocimiento de la causa y remita el proceso al juez que se le ha considerado competente, en tanto que por la acción inhibitoria o juicio de incompetencia se pide al juez considerado competente, oficie al incompetente para que se inhiba de conocer sobre la causa.

Por cierto que a veces, si la excepción de incompetencia no se ha propuesto a su debido tiempo, ya no se puede alegar posteriormente, pues hay casos en que de acuerdo con la ley se verifica una prorrogación expresa o tácita de la jurisdicción.

3.4. Primacía de la pretensión procesal.-

Cuando una persona concurre a plantear una cuestión o situación concreta en orden a que el juez consiga, provea e imponga una solución jurídica, debe establecer puntualmente, que pide y cómo ha de satisfacer su pretensión el juzgador, pues no puede acumular pretensiones de distinta naturaleza y que sean incompatibles entre sí, mucho menos que requieran diversa sustanciación, por prohibición del Art. 71 Código de Procedimiento Civil, que dice. “Se puede proponer, en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias ni incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación; a menos que, en este último caso, el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria”. Esto implica que pretendiendo dos o más situaciones, debe el actor establecer cuál de las pretensiones excluye a las demás y cuando es posible la alternabilidad que refiere la norma citada. Si se demanda la resolución de un contrato y el pago de los perjuicios, hemos de entender que la pretensión principal será la declaración que deje sin efecto la relación jurídica y su consecuencia será el pago de los perjuicios.

No podemos demandar el pago de los perjuicios sin mediar la resolución contractual, porque mientras el vínculo jurídico esté presente, no podrá generar una consecuencia.

3.5. Violación de trámite.-

Esta excepción sanciona el desvío o mal proceder del órgano jurisdiccional, siempre que tal desvío influya en la decisión de la causa.

El trámite en materia civil es igual que la vía, el camino o el procedimiento que debe seguirse para la solución de la contienda judicial. Este mal proceder puede darse en materia civil, cuando debiéndose sustanciar una causa por la vía ordinaria se lo hace con trámite verbal sumario, por ejemplo cuando se demanda la resolución de un contrato que forzosamente debe realizarse en juicio ordinario, pero que por el convenio de las partes contratantes se sustancia en la vía verbal sumaria.

Título 4

4. Excepciones dilatorias y perentorias.

Excepciones Dilatorias.- Empezaremos primero, definiendo el término, dilatorias, se deriva del vocablo latino *differre*, cuyo sinónimo es *dilatum*, que significa dilatar, postergar, diferir, de ahí que las excepciones dilatorias sean las que tienden a retardar o suspender el curso del proceso.

En nuestra legislación Procesal Civil, en su Art. 100, encontramos la definición sobre excepción que dice: “son dilatorias las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio”; a este tipo de excepciones se las ha entendido en su estricto sentido fonético, por lo que dilatar es demorar, en este caso el curso del litigio o juicio o proceso, verdaderamente es así, porque si el actor al resumir en su demanda la pretensión y recurrir ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando la tutela del derecho violado, desconocido o controvertido, pudiendo ser estas pretensiones fundadas o infundadas, verdaderas o falsas, de la misma manera el demandado, tiene igual derecho, si lo quiere usar, y es recurrir ante el mismo órgano y si ha sido llamado a juicio y de la misma manera exponer y a su vez proponer las defensas también pueden ser falsas; basados en el principio de equidad, los jueces y tribunales de justicia deben y de hecho así acontece, dan paso tanto a las pretensiones del actor, como a las defensas del demandado, sin juzgar a primera vista dichos contenidos, teniendo que demostrarse los mismos en la etapa llamada de prueba, en la cual las partes demostrarán al juzgador quien es el que tiene la razón, quien con sus pruebas a ratificado lo expuesto en su demanda, para que aquel pueda pronunciarse y a la vez juzgar a favor de las pretensiones del actor o la excepción propuesta como defensa del demandado.

Casi siempre, el negocio que le conviene al demandado, es el transcurso del tiempo a más de las excepciones y defensas procesales, pues de esta manera el demandado aprovecha de ese tiempo para poder cumplir con la obligación, cuando de cumplir se trate, o haya sido el tiempo suficiente como para esquivar la ejecución materia del fallo.

Esto ocurre o puede ocurrir el fundamento mismo de las excepciones dilatorias, su filosofía radica en evitar un litigio inútil, un juicio nulo, otras veces, evitar esfuerzos de las partes y del propio órgano de la jurisdicción y como bien nos dice Couture “*La dilación es solo una consecuencia y no el contenido de la excepción*”. (Couture E. , 1958, pág. 128).

Hay tratadistas que al referirse a las excepciones dilatorias, las denominan a éstas como procesales, en tanto en cuanto se refiere al proceso mismo y a las exigencias sustanciales para su validez, mencionando así, la competencia del Juez y la capacidad de las partes, como también ciertos requisitos normales que debe reunir la demanda como excepciones de resolución previa o procesales y que la ausencia de estos requisitos: competencia del juez o tribunal que conoce de las pretensiones controvertidas, capacidad de las partes y requerimientos normales de la demanda impiden entrar a litigar sobre el fondo del litigio ya que las excepciones perentorias se las puede oponer una vez que se asegure un proceso válido y se haya evitado discutir y litigar impunemente, entre partes carentes de capacidad o ante jueces o tribunales que no han tenido capacidad para conocer del litigio.

Con lo que estatuye el Código de Procedimiento Civil en su Art. 99 se abona lo manifestado en líneas anteriores en el sentido de que las excepciones dilatorias tienen relación con el proceso mismo; de ahí la denominación doctrinaria de excepciones procesales.

Repitiendo lo expresado anteriormente, si bien esta clase de excepciones puede ser usada en determinado momento como verdaderas defensas, en tanto tienden a alargar o retardar el curso del litigio, lo que el legislador lo ha llevado a estatuir como ley, ha sido el valor por un proceso válido el evitar discusiones de fondo o sobre el fondo mismo del pleito, evitar el escándalo jurídico cuando el juez tenga que conocer y sentenciar sobre un asunto que no puede ni debe ser resuelto por cuanto todas sus actuaciones constituyen un no juicio, por la intervención, como queda anotado de un juez son competencia, para conocer y resolver sobre el asunto controvertido o por la intervención de personas sin capacidad para producir actos de relevancia jurídica, entre tantos otros, actuaciones que tienen que ser declaradas nulas cuando ya se ha gastado energía, tiempo y dinero de las partes, del juez y de todos cuantos intervienen en el pleito.

La clasificación de las excepciones dilatorias, nos trae nuestro Código de procedimiento Civil en su artículo 100 no es una clasificación taxativa de las mismas; nos habla solamente de las excepciones dilatorias más comunes.

Esta clasificación es la que nos ha servido de pauta para el desarrollo del presente estudio; tanto las excepciones dilatorias como las perentorias, serán siempre consecuencia de las perentorias del demandado, de la forma como ha recurrido ante el órgano jurisdiccional en demanda de amparo a su pretensión, esto no obstante existir legislaciones que dan clasificaciones taxativas de esta clase de excepciones, esto es que el demandado no puede

oponer otras excepciones dilatorias que las consagradas y permitidas por la ley, para tratadistas como Escriche, por ejemplo las excepciones dilatorias llámense también temporales. A las perentorias la llama perpetúas.

Refiriéndose a las excepciones dilatorias, nos dice:

“son las que no tienen por objeto destruir la acción del actor, sino que retarda la entrada en el juicio: por cuya razón se las llama excepciones temporales”.

“la excepción dilatoria o temporal se refiere, o bien a la persona del juez, como la de incompetencia o la de recusación o bien a la persona del actor, como la de inhabilidad para comparecer a juicio por falta de licencia de su parte siendo hijo de familia o falta de poder suficiente, siendo procurador o por algún otro de los defectos legales que se indica en la palabra actor; o bien a la persona del reo como la excusión u orden y la moratoria; o bien al modo de pedir, como la oscuridad de la demanda y de la contradicción o inepta acumulación de acciones; o bien al negocio mismo, como la petición antes del plazo estipulado”. (Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia; Tomo I, 1979., págs. 657 - 658)

Entendiéndose las excepciones dilatorias como los medios legales de defensa, mediante los cuales se denuncia al juez la falta de requisitos previos para la validez del proceso, requisitos éstos llamados presupuestos para la validez del juicio, que no se refieran a su existencia, sino a su eficacia, su ausencia no influye en la existencia del proceso.

El objeto de las excepciones dilatorias es impedir el curso de la demanda, esto es impedir que el juez entre a conocer sobre el asunto controvertido de fondo, mientras no se haya resuelto primeramente sobre las dilatorias.

Si bien las excepciones dilatorias son las que tienden a suspender o retardar el curso del litigio, esto es a retardar e conocimiento del fondo de la situación controvertida, este no es el objetivo principal de la excepción, ya que lo fundamental de esta excepción es obligar a que se cumplan con todas las normas establecidas por la ley procesal, a fin de que el proceso sea limpio, sin fallas y constituya un terreno fértil sobre el cual van a ser tratadas las cuestiones de fondo y obtener como resultado una sentencia ajustada a derecho.

El Dr. Lovato, al respecto expresa: “no es la agencia de las excepciones dilatorias tender a suspender o retardar el curso del litigio, como dice la ley, ellas procuran la existencia de todos los requisitos necesarios prevéis para que el proceso, una vez iniciado, se desenvuelva sin obstáculos y sin faltas, cuidando la validez del proceso, quieren que el juez no conozca la demanda propuesta, o no la conozca en la forma en que ha sido propuesta.

Esta naturalmente, suspende o retarda el curso del juicio, pero la suspensión o retardo no constituye el objeto, el propósito de la excepción dilatoria. La suspensión o retardo del juicio es consecuencia del objeto, del propósito del fin que persigue la excepción dilatoria.

“Así, el demandado ante el Juez incompetente por razón del territorio, por ejemplo, la deducir la excepción de incompetencia, no quiere que el juicio se suspenda o se retarde, sino que no lo conozca ese juez, por que no está sometido a él; quiere que se haga efectivo, que se respete el derecho que la ley confiere a no ser demandado sino ante el juez de su fuero, de su domicilio, del lugar al que está sometido”. (Lovato., 1962., pág. 193 y 194)

Por su parte el profesor Eduardo Couture expresa que: “Las excepciones dilatorias, tal como se hallas legisladas en nuestro derecho, corresponden al concepto de excepciones procesales existentes en el derecho, común europeo antes del Código Francés y derivados del derecho Romano.

Son defensas previas, alegadas “in limite litis”, y que normalmente versan sobre el proceso y no sobre el derecho material alegado por el actor. Tienden a depurar errores que obstarán en una fácil decisión (defecto legal en el modo de preparar la demanda) evitar un proceso inútil (litispendencia); a impedir un juicio nulo (fianzas de arraigo y de rato et grato), etc.

Constituye como se ha dicho, una especie de eliminación previa de ciertas cuestiones que embarazarían en el futuro el desarrollo del proceso. Tienen un carácter acentuadamente preventivo en cuanto tienden a economizar esfuerzos inútiles. Se deciden previamente a toda otra cuestión, razón por la cual se las llama en el derecho clásico español “alongaderas” y mas tarde “artículos de no contestar”.

Este carácter dilatorio ha hecho creer frecuentemente que el fin de la excepción es dilatar o alargar el juicio, circunstancia a la que no es ajeno el impropio y malicioso uso que se hace de este tipo de defensa en la actividad forense. Sin embargo desde el punto de vista científico es cosa clara que la dilación o postergación (ya no del juicio en sí mismo sino de la

contestación a la demanda), es solo una consecuencia y no el contenido de la excepción; éste es el medio procesal de dilucidar una cuestión que tiene carácter previo, desde que comprende la eficacia y la validez de los actos posteriores.

El riesgo de la inútil prolongación del juicio trata de evitarse en nuestro derecho, mediante la exigencia de que las excepciones dilatorias sean propuestas todas juntas. Se acentúa a este respecto el principio de eventualidad, ya que aún cuando una de las excepciones sea fundada y decida por si sola la cuestión, como por ejemplo: la litispendencia, siempre deben hacerse vales las otras que se tengan, para el caso hipotético (in eventum) de que la primera sea rechazada. A tal fin contribuye, así mismo el principio unánime de que las excepciones dilatorias es taxativa.

“Una solución más rigurosa aún se llega a legislaciones recientes, en las cuales, mediante un derecho de carácter general, quedan decididas, en cierta etapa del juicio, todas las cuestiones atinentes al proceso. El “despacho saneador” del nuevo Código Brasileño, decide de una vez por todas lo relativo a los presupuestos procesales y a las cuestiones de carácter formal que se hacen valer en el juicio, dejando preparada la cauda para una continuación y pronunciamiento sobre el fondo del conflicto. Pero la verdad es que este carácter previo de las excepciones dilatorias, es un mal necesario. Nadie duda de que sería conveniente no detener el juicio por motivos de forma que podrían más tarde ser reparados, pero no es menos lógico, tal como lo sostiene sistemáticamente la jurisprudencia, que propuesta una cuestión que puede afectar la eficacia y el valor de todo lo que se realice posteriormente (incompetencia absoluta, incapacidad de parte, litispendencia), se detenga el procedimiento para impedir una costosa e inútil actividad”. (Couture E. , 1958, pág. 116)

Actualmente en nuestra legislación, aunque parezca inútil la prolongación del juicio, se evita con esta fórmula, de que las excepciones, sean estas dilatorias o perentorias, se propongan conjuntamente y se impida alegar la obscuridad de la demanda, tal como se establece en el art. 429 del Código de Procedimiento Civil, con relación al juicio ejecutivo, las mismas que serán resueltas en sentencia.

Ahora bien, se estima, que la forma como se desenvuelve y resuelven las excepciones dilatorias, es un mal necesario, ya que velan por la eficacia del procedimiento, mas este mal necesario, generalmente ocasiona perjuicios económicos y pérdidas de tiempo ya por los términos y en si por su tramitación.

Las excepciones dilatorias son varias, muchas de ellas aunque no están legisladas, en la práctica son admitidas, por ello es que nuestra legislación así como otras, dejan un campo

abierto para oponer más excepciones de esta clase ya enumeradas en nuestro Código, en cambio otras legislaciones, llevan el sistema de enumeración, reducida en unos casos y ampliada en otras, como es el caso de los Códigos de Uruguay, Perú, Argentina, etc.

El profesor ecuatoriano de esta materia, Dr. Juan Isaac Lovato, refiriéndose a las excepciones dilatorias, hace la siguiente clasificación:

1.- Relativas al Juez:

- a) Falta de jurisdicción;*
- b) Falta de competencia; y,*
- c) Ilegal intervención.*

2.- Relativas a las partes (Ilegitimidad de personería)

- a) Por sí mismo quien no es capaz de hacerlo;*
- b) El que asegura ser procurador y no tiene poder o éste es insuficiente;*
- c) El que no es representante legal*
- d) Cuando no legitima personería*
- e) No interviene el Ministerio Público debiendo hacerlo; y*
- f) Cuando no se cuenta con quien necesariamente debe intervenir.*

3.- Relativas al demandado: Excusión y orden;

4.- Relativas al modo de pedir: Contradicción o incompatibilidad de acciones

5.- Relativas a la causa misma; Acumulación de autos;

6.- Relativas al modo de sustanciar la causa: que se dé a la causa otra sustanciación. (Lovato., 1962., págs. 178 - 182)

Esta clasificación se asimila caso en su totalidad a las excepciones contempladas en nuestro Código, ampliado en algo ciertas clases de excepciones y que son las más utilizadas como defensas dentro del juicio.

De lo observado, vemos la necesidad de analizar detenidamente cada una de estas excepciones procesales dilatorias y de entre ellas las más importantes.

4.1. Excepción de competencia del juez.-

El demandado puede alegar la incompetencia del juez, por razón de materia, territorio, etc., y puede hacerlo por excepción declinatoria o acción inhibitoria; la primera alegando expresadamente la falta de competencia del juez, dentro del juicio y la segunda, acudiendo a su juez natural para que éste la entable. La competencia del juez es solemnidad sustancial del proceso. Art. 346 del Código de Procedimiento Civil: son solemnidades comunes a todos los juicios e instancias:

1. Jurisdicción de quien conoce el juicio;
2. Competencia del juez o tribunal en el juicio que se ventila;
3. Legitimidad de personería.

4.2. Excepción de ilegal intervención.-

La ley ha preceptuado ciertos requisitos para que un juez pueda intervenir legalmente; cuando un juez actúa violando alguna de las disposiciones para ser tal, su intervención es ilegal acarreando como consecuencia la nulidad del juicio, esta intervención del juez que no está legalmente autorizado para administrar justicia, puede ser argumentado por el demandado en defensa de sus derechos y como excepción relativa al juez.

Los preceptos legales referentes a los jueces o tribunales encargados de la administración de justicia lo encontramos en la ley Orgánica de la Función Jurisdiccional y en especial en su Título Primero.

4.3. Excepción de falta de personería.-

Refiriéndose a la personería del actor, el art. 100 de Nuestro Código de Procedimiento Civil, propone como ejemplo de excepción dilatoria, la falta de personería. Cabe advertir que aún que el Código solo se refiera al actor, esta excepción puede ser perfectamente aplicable a la persona del demandado. La capacidad legal para el ejercicio de la acción judicial. Si el menor de edad, por ejemplo, y no cuenta con la representación paterna o de curador, si fuere el caso. Si se trata de una persona jurídica y la persona que invoca su representación no es tal, o sus facultades, no alcanza para representar al ente jurídico; o porque la persona utiliza un poder diminuto, que igualmente no le permite actuar en el juicio, o alguien que exhibe una procuración judicial sabiendo que no puede ejercerla, etc.

Algunos tratadistas lo llaman falta de personalidad, pero nosotros estimamos, más acertada la denominación empleada en el código, pues aquella de personalidad parece referirse a las cualidades morales del actor o del demandado, más que a la capacidad legal de comparecer en juicio.

También hay que distinguir la falta de personería de la falta de derecho, pues mientras la una tiene que ver con la incapacidad para comparecer en juicio, por motivo que se relaciona con la persona del actor o del demandado, como la menor de edad, el estar bajo potestad marital, bajo curaduría, etc. Esta implica la carencia del derecho mismo, que se supone violado al haber trabado la controversia.

Requisito indispensable para que el juicio pueda seguir su curso, es comparecer en el con personería; así lo exige nuestra legislación y al efecto, nuestro código de procedimiento civil ocupa toda la sección del Título II, del Libro Primero en establecer quienes pueden comparecer en juicio y que requisitos deben reunir y no adolezcan de incapacidad.”

Nos preguntamos si el incapaz siéndolo para comparecer en juicio, será también para excepcionarse; aseguramos que no, pues el incapaz, por lo mismo que no puede defenderse por sí solo, puede comparecer excepcionado, precisamente para que no le representarle en su defensa.

En la misma excepción de falta de personería, el código de procedimiento civil, pues también la falta de poder, sabemos que siguiendo los fundamentos del mandato, se puede dar poder ad-litem, es decir, designar procurador o procuradores cuando un litigante se presente en juicio por medio de procurador, debe éste comparecer con el poder que le acredite, como tal, o legitimar su personería dentro del término que le conceda el juez, de acuerdo con el Art. 43 del cuerpo de leyes en referencia.

Respecto de la comparecencia en juicio mediante procuradores, hay un punto muy digno de tomarse en cuenta es el de que en los términos generales del poder, no se entenderá facultado el procurador para ciertas actuaciones, como para transigir, comprometer el pleito en árbitros; desistir del pleito, absolver posiciones y deferir al juramento decisorio; y, recibir la cosa sobre la cual verse el litigio, o tomar posesión de ella, así establece el art. 44 del Código de Procedimiento Civil, si dicho documento no contiene cláusula especial que autorice para ello, de suerte que a falta de esta cláusula especial, el actor lleva a cabo dichas actuaciones, las mismas que ya la enumeramos, cabe al demandado excepcionarse por falta de poder, en consecuencia es

la falta de personería del actor o en el caso contrario del demandado que comparece representado por otro con poder insuficiente.

También se lo llama ilegitimidad de personería a esta incapacidad legal de comparecer a juicio, o en su defecto la falta de poder o facultad para representar a otro en juicio, y la comparecencia como es una solemnidad sustancial, cuya omisión produce la nulidad el proceso.

Al respecto se pueden presentar tres situaciones diferentes a saber: falta de personería; ilegitimidad de personería y falta de derecho. La primera resulta de la incapacidad legal para comparecer a juicio; los dementes, los menores de edad, los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, etc.

La ilegitimidad de personería, resulta de invocar una calidad que no se tiene al momento; gerente, procurador judicial, apoderado, etc., pero que se puede sanear posteriormente.

La primera es insubsanable y va a producir la nulidad del procedimiento; la segunda, se puede convalidar en cualquier momento por la ratificación del diferentemente interesado.

Anotaremos algunas de las excepciones dilatorias de falta de personería o ilegitimidad de personería:

1. Cuando comparece a un juicio por sí mismo, quien no es capaz de hacerlo, como en el caso del menor de edad;
2. El que asegura ser procurador y no tiene poder, o el poder es insuficiente;
3. El que afirma ser representante legal y no lo es;
4. El que gestiona a nombre de otro y éste no aprueba lo hecho por aquel;
5. Cuando no interviene el Ministerio Público debiendo intervenir;
6. Cuando no interviene el Presidente de uno de los Tribunales de menores; en los asuntos judiciales que interesan a menores, como en el caso del Art. 998 del código procesal civil;
7. Cuando todos los beneficiarios de un testamento han sido demandados, para la nulidad del mismo u no han sido citados uno o varios de ellos;

8. Cuando interviene en juicio un cónyuge menor de edad sin estar representado por un curador general o especial, como en el juicio de divorcio;
9. En las ejecuciones seguidas contra herederos, sin que conste la calidad de tales, ni que hayan aceptado la herencia;
10. Cuando notificado el padre con una demanda contra el hijo, aquel no se presenta a juicio y se lo sigue sin darle curador al hijo;
11. Cuando no comparecen los dos cónyuges si el juicio se refiere a asuntos o bienes de la sociedad conyugal.

Art. 359 del Código de Procedimiento Civil.- *“Si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, del proceso será válido, sea que lo hagan las partes por sí mismas, o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente.”* La falta de derecho se refiere a la situación jurídica del accionante respecto del derecho que reclama; por ejemplo: la propiedad de un bien cuando no tiene el título respectivo es solamente posesionario; reclama como heredero, como cesionario de un crédito, cuando no tiene esas calidades. Esta excepción más que dilatoria es perentoria; pues ataca al derecho supuestamente invocado; para destruir totalmente los fundamentos de la acción.

La falta de personería anula el juicio y si no se ha puesto como excepción debe declararse de oficio, por tratarse de una solemnidad sustancial, de acuerdo con lo prescrito en el Art. 346 Código Procedimiento Civil.

Sin embargo, *“si se legitima la personería en cualquiera de las instancias, el proceso será válido, sea que lo hagan las partes por si mismas o por orden que el juez o tribunal impartirá obligatoriamente”*. Art. 359 del mismo cuerpo de leyes. Pero no puede validarse los actos de un incapaz por la ratificación de sus actos.

4.4. excepción de excusión u orden.- Esta excepción llamada derecho o beneficio de discusión en el Derecho Francés y este beneficio lo establece la ley civil a favor del fiador, quien en caso de ser requerido por el acreedor puede exigir que previamente, antes de precederse en su contra, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal. Así lo establece el Art. 2259 Código Civil y que consiste en una excepción dilatoria relativa al demandado, fundada en la calidad de obligación subsidiaria que tiene la fianza y que antes de dirigirse la demanda en contra de él, se persiga la deuda en los bienes del deudor principal y en las hipotecas o prendas constituidas por éste para seguridad de la misma deuda.

Ahora bien, para que surta efecto esta excepción y para que goce de este beneficio el fiador o subfiador, deben cumplirse con ciertas condiciones establecidas en el Art. 2260 del Código Civil, las mismas que son:

1. Que no se haya renunciado expresamente;
2. Que el fiador no se haya obligado como codeudor solidario;
3. Que la obligación principal produzca acción;
4. Que la fianza no haya sido ordenada por el juez;
5. Que se oponga el beneficio luego que sea requerido el fiador, salvo que el deudor, al tiempo del requerimiento, no tenga bienes y después los adquiera;
y,
6. Que se señalen al acreedor los bienes del deudor principal.

El aspecto procesal de esta norma sustantiva está reglado por el Art. 487 del Código de Procedimiento Civil, en conclusión el acreedor debe previamente dirigirse contra el deudor principal, sino lo hiciere, el fiador tendrá como amparo esta excepción dilatoria, que persigue atacar el procedimiento; no se refiere al pago de la deuda que es la pretensión del accionante.

4.5. Excepción al modo de proponer la demanda.-

Se trata de excepciones que no están puntualizadas en la ley; pero ante la lógica jurídica se impone.

Esta excepción va dedicada a la forma como debe proponerse la demanda, es decir, ataca a las fallas en el cumplimiento de uno o más de los requisitos previstos en el Art. 67 del cuerpo de leyes atinentes al presente trabajo, o cuando el actor se haya extralimitado en las facultades concedidas en los Art. 71 y 72 del mismo código por tanto no se refieren al fondo mismo de la acción o pretensión, es decir, al derecho litigioso o violado.

Excepción que forma parte de lo que de manera general se puede llamar como Improcedencia de la Demanda; significa además que no es conforme a derecho, es injurídico y por eso debe ser inadmisibile; esa inconformidad tiene relación ¿con los aspectos formales de la

demanda, para limitar esta excepción hoy existe un procedimiento previo para la admisibilidad de la demanda, y que está dado por la calificación de la misma. Si el Juez considera que se han cumplido con los requisitos del Art. 67 y 1013 del Código de Procedimiento Civil, la aceptará a trámite, lo que quiere decir que la demanda es procedente; si faltan requisitos puede ordenar, que se complete o aclare la demanda; de haber resistencia a esta disposición debe ordenar el archivo de la demanda por improcedente, de lo que el actor tiene el recurso de apelación

El Código de Procedimiento Civil anota como ejemplo de excepción, por el modo de proponer la demanda, la contradicción o incompatibilidad de acciones y aquí encontramos una innovación más de nuestro sistema procesal vigente, pues en todos los Códigos adjetivos anteriores, el ejemplo característico de tal excepción antes que la contradicción de acciones era la de obscuridad de la demanda, u obscuridad del libelo como se denomina en la legislación procesal chilena.

Seguramente en el afán de cortar el abuso que se hacía de esta excepción, entrando en sutileza y encontrando oscuridad en cualquier detalle de la demanda, se la ha suprimido en el Código vigente y se ha tenido al mismo tiempo el acierto de evitar que se provoque el motivo que origina dicha excepción.

En efecto, al hablar de los requisitos de la demanda, se insiste, lo suficiente, en la claridad que debe tener y se dispone, bajo pena de multa para el juez que no haga cumplir con esta obligación legal, por tanto el juez tiene la obligación de cuidar de este requisito antes de aceptar la demanda a trámite.

Y una vez aceptada, al iniciar la tramitación y después de sentada la fe de presentación, el juez emite su primer decreto, dando cuenta de este particular y asegurando que la demanda es clara y que reúne los requisitos previstos por la ley.

Todavía más, al Código de Procedimiento Civil se le ha agregado con tal fin disposiciones que no tenían los anteriores códigos, pues al referirse, a la contestación al juicio, ordinario de mayor cuantía, en el Art. 397, que dice: “entre las excepciones no podrá proponerse la de oscuridad de libelo”, y al tratar del juicio ejecutivo, en el Art. 430, dice también “si el juez observa que la demanda no está clara o no reúne los requisitos determinados en este Código, dispondrá antes de dictar el auto de pago que sea aclarado o completada en la forma determinada en el Art. 69. En ningún caso se admitirá la excepción de obscuridad de la demanda”.

Volviendo a los casos enunciados en el Código de Procedimiento Civil, y refiriéndonos a la contrariedad de acciones, valga el siguiente ejemplo: En un contrato de compraventa, se ha estipulado plazo para el pago del precio; el comprador no paga al vencimiento del plazo y el vendedor propone de inmediato en una misma demanda el pago del precio y la acción resolutoria contemplada en el Art. 1505 del Código Civil el comprador que en este caso es el demandado, opondrá entonces la excepción que estamos estudiando.

Para abundar más nos remitimos a lo establecido en el Art. 71 de nuestra legislación Procesal Civil, que dice: “Se puede proponer en una misma demanda, acciones diversas o alternativas, pero no contrarias no incompatibles, ni que requieran necesariamente diversa sustanciación a menos que en este último caso el actor pida que todas se sustancien por la vía ordinaria”.

Consecuentemente si hay contraposición a la norma anteriormente citada, el demandado podrá alegar y presentar la excepción dilatoria que la demanda contiene acciones contrarias o incompatibles.

Un procedimiento amplio que tiene por objeto cuidar de que las demandas sean absolutamente procedentes, por su formalidad; de esta se evita además la posibilidad de nulidad del proceso, por vicios en la demanda. (Falta de requisitos formales).

4.6. Excepción de plazo pendiente o plazo vencido.-

Es una excepción dilatoria que se refiere al asunto mismo de la demanda; alegar la excepción de plazo pendiente, equivale a negar la existencia misma de la acción, se la ha considerado como dilatoria, para el hecho de la tramitación y resolución breve, pues con esta excepción se impide que el juez entre a conocer el asunto principal mientras no se venza el plazo, ya que si no se ha cumplido el plazo legal o convencional, no existe derecho violado, y si esta se ha propuesto la excepción de plazo vencido, lleva la finalidad de negar su existencia misma, no solo de dilatarla, sino de diferirla, pues no cabe dilatar o diferir un acosa que no existe.

Nuestro código adjetivo, ha considerado a esta excepción como dilatoria, cuando en rigor es una excepción perentoria, en efecto, como perentoria la consideran otros códigos, fundándose en que atañe el fondo mismo de la controversia, pues ataca al fondo de la acción.

Parece excepción dilatoria, por oponerse a una acción que seguramente existirá después de cierto tiempo, pero no debemos olvidar aquel principio fundamental de que la mera expectativa no constituye derecho, y no existiendo todavía tal derecho tampoco existirá violación del mismo y por ende no hay acción.

Igual criterio debemos aplicar a la excepción de condición suspensiva, opuesta contra una acción entablada antes del cumplimiento de dicha condición.

4.7. Excepcion de acumulacion de autos.-

La acumulación de se produce cuando se ha propuesto una demanda, estando en trámite otra u otras que tienen que conexión jurídica entre ellas, ya sea por la identidad de personas, cosas y acciones.

Para ilustrar más el criterio del juez y evitar el pronunciamiento simultáneo de dos o más fallos que pueden resultar contradictorios en asuntos iguales o semejantes y para evitar también, como dice el código que se divida la continencia de acumulación de autos o acumulación de acciones como más acertadamente debería llamarse.

Con el propósito de que no se expidan fallos contradictorios sobre asuntos de igual fundamento, así como para ahorrar energía, tiempo y dinero, se ha establecido la necesidad de reunir en un solo cuerpo diversos juicios que se hubieren iniciado y que tuvieren entre sí: unidad, conexión y analogía; ejemplo cuando la sentencia que hubiere de dictarse en uno de los procesos, cuya acumulación se pide, produciría en el otro, excepción de cosa juzgada.

Para evitar este problema posterior, acertadamente como es lógico, el Art. 108 del Código Civil, prevé que “Se decretará la acumulación de autos, cuando se la solicite por parte legítima en los casos siguientes:

1. *Cuando la sentencia que hubiere que dictarse en uno de los procesos cuya acumulación se pide, produciría en el otro excepción de cosa juzgada;*
2. *Cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido;*
3. *Cuando haya juicio de concurso al que se hallen sujetos los asuntos sobre que versen los procesos cuya acumulación se pide; y,*
4. *Cuando, de seguirse separadamente los pleitos se dividirá la continencia de la causa.”*
(Nacional c. , 2007)

Por continencia de la causa se entiende la unidad y conexión que debe existir en todo juicio relativamente a la acción, a la cosa litigiosa, a la persona del juez, a la de los litigantes, a los trámites y al fallo definitivo.

Cuando entre dos pleitos existe tal analogía que de seguirse por separado se quebrantaría, se destruiría esa unidad y conexión, se dice que se divide la continencia de la causa; y para evitar los inconvenientes que de aquí surgirían y el peligro de que se pronuncien los fallos contradictorios debe decretarse la acumulación de autos que tengan entre sí dicha unidad, conexión y analogía.

4.8. Excepción de litispendencia.-

Esta excepción no está puntualizada en nuestro código, pero es totalmente procedente su invocación, cuando se plantea un juicio, encontrándose pendiente otro en el que participan las mismas personas; se discute el asunto, y se trata de las mismas acciones; esto es, existe identidad absoluta tanto en el orden objetivo como subjetivo. Si se produce este hecho el demandado puede proponer la excepción de litis pendencia, y el resultado es justamente la acumulación de procesos.

El Art. 108, en su inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil dice: “Que se decretará también la acumulación de autos cuando en un juzgado haya pleito pendiente sobre lo mismo que sea objeto del que después se hubiere promovido”.

Esta disposición, al usar los términos, “sobre lo mismo”, está refiriéndose únicamente a la identidad objetiva, más no a la subjetiva, pues perfectamente puede haber pleito pendiente sobre lo mismo pero no entre los mismos litigantes, que habiendo conexidad solo por el objeto cabe la acumulación de autos, mas no hay en sentido estricto pleito pendiente o litispendencia, puede que según la doctrina generalmente, admitida por los tratadistas, para ello se requiere tanto identidad subjetiva como identidad objetiva.

Al efecto Caravantes, dice que la litispendencia tiene lugar “en concurrencia de dos litigios sobre el mismo objeto, entre las mismas partes, por demandas basadas en un juicio igual al que se inicia posteriormente entre las mismas partes y sobre una misma cuestión o asunto.

Por supuesto que cuando un litigio no ha sido resuelto es porque está pendiente y se llegara a presentar un litigio idéntico al primero, el demandado puede hacer uso de la excepción de litispendencia.

Para que la excepción de litispendencia surta los efectos jurídicos necesarios, es menester que los pleitos sean idénticos en las personas, en el objeto y en la causa.

El fundamento de esta excepción radica en la conveniencia de no dividir inútilmente la actividad judicial, sustanciando al mismo tiempo pleitos iguales, además de eso, hay el peligro de que los dos obtengan fallos contradictorios, en cuyo caso no se sabría cual es el legítimo, cual es el ejecutable, o para saberlo habría que hacer valer al litigio cuya sentencia se ha ejecutoriado primero, constituyendo como excepción de cosa juzgada respecto del otro.

Esta excepción fue conocida en el derecho romano con el nombre de “exceptio rei iudicium deducias”, excepción de cosa ya sometida a juicio, pero con efectos un tanto diferentes a los que hoy se los adjudica, pues se le confundía con la excepción de cosa juzgada, de la que difiere esencialmente como lo veremos a continuación.

Cierto que tanto la excepción de litispendencia como la de cosa juzgada, se funda en la identidad subjetiva y objetiva de dos juicios, y cierto también que la finalidad de ambas es evitar la inútil duplicación de la actividad judicial sobre idénticas cuestiones; pero también es verídico que mientras la litispendencia solo implica la existencia de una demanda que está sustanciándose, la cosa juzgada supone ya una sentencia ejecutoriada y en la cosa juzgada, el motivo ya expresado de la inútil bifurcación de la actividad pública se agrega el importantísimo ideal de que el estado no puede consentir que sobre un asunto ya reconocido por él, se venga una nueva decisión nacida de él mismo y que talvez venga a destruir o a menguar los efectos del primer reconocimiento, o directamente a destruirlos.

Como podemos ver, la acumulación de acciones o de autos y la litispendencia, cuando los juicios se encuentran en juzgados diferentes, provoca necesariamente la incompetencia de uno de los jueces.

Al respecto, nuestro código de Procedimiento Civil artículo 112, establece como regla general que el proceso posterior deberá acumularse al anterior y que son los jueces y secretarios de aquellos que deberán continuar actuando.

Esta disposición acertada, tiene su origen histórico en el derecho romano en el que se establecía el principio jurídico que decía: “ubi caeptum est semen iudicium, ibi et finem accipere debet”, cuyo significado es que donde se inició un juicio, allí debe terminarse, entendiéndose que donde se presentó la primera acción. Ahí se inició el litigio y tal juez será el que deba concluir el asunto.

En la práctica suelen confundirse los casos de litispendencia con varios otros de acumulación de autos. Si por ejemplo habiendo el vendedor demandado por el pago del precio, sus herederos intentasen, en juicio aparte, la resolución del contrato, el demandado podría solicitar que los dos juicios se acumulen, más no tendría excepción de litispendencia, porque el nuevo juicio no es el mismo que el anterior.

Si el nuevo juicio es idéntico al anterior, subjetivamente, es decir, hay identidad de personas, objeto y causa, el demandado puede oponer a su arbitrio, la dilatoria de litispendencia o solicitar la acumulación de autos; en otros términos en todo caso de litispendencia puede haber acumulación de acciones o autos si la naturaleza o estado del juicio lo permite, mas no en todos los casos de acumulación de acciones puede haber litispendencia.

Es digno de tomarse en cuenta la disposición aquella de que no cabe acumulación de autos cuando, éstos se encuentran en diversas instancias. Porque a tal situación se ha presentado la discusión acerca de que cual es el juez que debe seguir conociendo la causa y para llegar a la solución se ha distinguido entre acumulación por simple conexión, para no dividir la continencia de la causa, y acumulación por litispendencia; cuando es por conexión, sigue actuando el juez que conoció primero, de acuerdo a la disposición antes citada; pero en tratándose de litispendencia, seguirá conociendo el juez o tribunal en que el juicio se encuentra en más alta instancia, pues no cabría que uno de los juicios sea privado de una a mas instancias.

Diferencia entre litis pendencia y acumulación de autos: la litis pendencia exige identidad absoluta, tanto objetiva, como subjetiva entre personas, cosas y acciones. La existencia de una causa pendiente, idéntica a la nueva, va a producir la acumulación de autos, desde luego cumpliendo las exigencias procesales con las limitaciones respectivas impuestas por la propia ley.

4.9. Excepción relativa al modo de sustanciar la causa.-

Tenemos claramente señaladas las disposiciones en las cuales nos indica la ley, el camino, la vía como debe tramitarse un asunto determinado, base de la existencia de los diferentes juicios entre los más importantes son: el ordinario, el ejecutivo y el verbal sumario.

Cada asunto debe sustanciarse mediante el correspondiente juicio, porque caso contrario, el demandado puede proponer la excepción relativa al modo de sustanciar la causa, para que esta excepción surta sus efectos, siempre u cuando la resolución a dictarse influya en la decisión de la causa, como cuando habiéndose establecido para un determinado juicio la vía ordinaria, dicho asunto se demanda por vía ejecutiva. Mas cuando se ha establecido la vía ejecutiva para un asunto determinado, se demanda en la ordinaria, en este caso, la resolución a dictarse no influye en la resolución de la causa y por lo mismo, la excepción no surte sus efectos.

El art. 1014 del Código Procesal Civil dice: “La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando en lo demás las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Art. 355, 356 y 357.

Según esta disposición, toda violación de trámite que corresponda a la naturaleza del asunto, materia del juicio o al de la causa que se está juzgando, anula el proceso siempre que dicha violación del trámite si no ha sido opuesta como excepción, puede ser declarada de oficio.

4.10. Excepción de beneficio de competencia.-

Como anotamos en la clasificación de las excepciones, este es el prototipo de excepción personal, su fundamento es de orden social, pues se basa en las consideraciones que deben regular las relaciones jurídicas entre personas ligadas por lazos de derecho natural o de derecho social.

Se entiende por beneficio de competencia la facultad y en si el derecho a excepcionarse, que gozan ciertas personas a no poder ser demandadas al pago de una deuda sino en cuanto dicho pago exceda de lo necesario para su subsistencia.

Este tipo de excepción es de aquellas llamadas sustanciales, pues lo encontramos tipificada en el Art. 1661 de nuestro Código sustantivo civil bajo el título de “del pago con beneficio de competencia”, y que textualmente lo transcribimos: “Beneficio de competencia es el que se concede a ciertos deudores para no obligarse a pagar más de lo que buenamente puede, dejándoseles, en consecuencia, lo indispensable para una modesta subsistencia, según su clase y circunstancias, y con cargo de devolución cuando mejoren de fortuna”.

Pero este tipo de excepción como lo manifiesta la disposición citada, es o se la concederá solo a ciertos deudores, no a cualquier deudor y según su clase y circunstancias, para luego completar la idea de la norma, expresa que el acreedor está obligado a conceder este beneficio, desde luego que en el proceso será el juez quien lo haga cumplir el espíritu consignado en tal disposición; a las personas que a continuación enumeramos:

1. *A sus descendientes o ascendientes, no habiendo éstos irrogado al acreedor alguna ofensa de las clasificadas entre las causas de desheredación;*
2. *A su cónyuge;*
3. *A sus hermanos con tal que no hayan irrogado al acreedor alguna ofensa igualmente grave, que las indicadas como causa de desheredación respecto de los descendientes y ascendiente;*
4. *A sus consocios, en el mismo caso, pero solo en las acciones recíprocas que nazcan del contrato de sociedad;*
5. *Al donante, pero solo en cuanto se trata de hacerle cumplir la donación prometida; y,*
6. *Al deudor de buena fe que hizo cesión de bienes y es perseguido en los que después ha adquirido para el pago completo de las deudas anteriores a la cesión; pero solo le deben este beneficio los acreedores a cuyo favor de hizo”. Art. 1642 del Código Civil.*

Como vemos, esta clase de excepción dilatoria, es eminentemente social y más diríamos familiar porque a quienes se debe o quienes pueden solicitarla deben ser o tener parentesco de consanguinidad o afinidad o ser donantes del acreedor y además haber caído en desgracia económica motivo por el cual no pueden cumplir con sus obligaciones, en definitiva no tienen para pagar; a esta excepción se asimilaría el pensamiento vulgar que dice: “que quien no tiene no debe”.

4.11. Excepción de saneamiento.-

Es aquella que tiene el demandado en ciertos casos, y por la cual solicita que antes de que se trabaje la litis, sea citado un tercero o terceros para que respondan por los resultados del juicio.

Este tipo de excepción sustancial la encontramos consagrada en nuestro código sustantivo en el Art. 1783 que lo transcribimos textualmente: “El comprador a quien se demanda la cosa vendida, por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla.

Si el comprador omitiere citarle y fuere evicta la cosa, el vendedor no estará obligado al saneamiento; y si el vendedor citado no comparece a defender la cosa vendida, será responsable de la evicción; a menos que el comprador haya dejado de oponer alguna defensa o excepción suya, y por ello fuere evicta la cosa”.

También encontramos consagrada esta excepción en el Art. 94 del Código Adjetivo Civil y que es concordante con la anterior norma y que dice: “La citación de que trata el Art.1783 del Código Civil, no puede pedirse sino dentro del término de legal, pueda oponerse excepciones. Esta citación se hará con arreglo al inciso primero del artículo que antecede.

Por el hecho de pedirse la citación de que habla este art., no correrá para el demandado el término para contestar a la demanda, pero será libre de hacerlo durante el que tiene el vendedor. Este podrá pedir, a su vez, que se cite a su vendedor, para que salga a la defensa, con los mismos efectos aquí establecidos para el demandado. El vendedor citado en segundo lugar no podría pedir citación para saneamiento sin perjuicio de su derecho a la indemnización a que hubiere lugar. El término para pedir que se cite al vendedor, será de ocho días”.

En definitiva, esta excepción de saneamiento consiste, en llamar o citar a juicio, por parte del último vendedor, al que le precedió en la venta para que sea éste quien responda sobre la evicción de la cosa vendida, y al defender la cosa litigiosa inclusive pueda a su vez también llamar a otro inmediatamente anterior, todo esto, tendiendo como toda excepción dilatoria a retardar el proceso, pues entre citación y citación se habrá dilatado el proceso algún tiempo, y solo recién ante la contestación o no de los citados se trabará la litis con respecto de los concurrentes, con lo que el demandado ha hecho uso de su derecho y a su vez aprovechado el mismo.

4.12. La excepción dilatoria de mediación y de convenio arbitral.-

La ley de Mediación y Arbitraje prevé la posibilidad de esta clase de excepción dilatoria; y lo más importante prevé facultades excepcionales al juez para que pueda adoptar una Resolución inmediata en caso de procedencia de la excepción con el archivo de la causa. Propósito saludable que tiene como finalidad evitar juicios con vicios procesales, que lo conduzcan a su anulación, con dispendio injustificado de recursos, cuando se lo puede evitar con decisiones oportunas e inmediatas, como las que se prevé en esta ley, en todo caso, ese es el espíritu con el que se legisla en el presente con miras a modernizar el procesalito en el país.

Art. 8 de la Ley de Mediación, establece que las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral... se entenderá, sin embargo que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba a sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado, aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa.

4.13. Excepciones perentorias.-

Definiendo el significado etimológico de lo que es la palabra perentoria, así pues, proviene del verbo latino “perimere” que significa destruir, extinguir, y en consecuencia las excepciones perentorias son aquellas cuyo alcance es destruir o extinguir a la acción que ha sido admitida a juicio y de esta manera lograr que el juzgador rechace total o parcialmente las pretensiones contenidas en su demanda, en sí, va y ataca frontalmente al fondo mismo de la cuestión litigiosa, al derecho violado, interrumpido o deseoso de un reconocimiento y no solo se detiene a observar la tramitación procesal y quemar el tiempo hasta poder talvez cumplir con la obligación por ejemplo.

Respecto de estas excepciones el profesor Couture manifiesta “las excepciones perentorias no son defensa sobre el proceso sino sobre el derecho. No procuran la depuración de elementos formales del juicio, sino que constituye la defensa de fondo sobre el derecho cuestionado.

A diferencia de las dilatorias su enumeración no es taxativa. Normalmente no aparecen enunciadas en los códigos y toman el nombre de los hechos extintivos de las obligaciones en los asuntos de esta índole; pago, compensación, novación, etc. Cuando no se invoca un hecho extintivo, sino una circunstancia obstativa del nacimiento de la obligación, también lleva el nombre de ésta: dolo, fuerza, error, etc. Si no se trata de obligaciones o cuando tratándose de éstas, se invoca simplemente a la inexactitud de los hechos o a la inexistencia de las obligaciones por otros motivos, es costumbre en los tribunales dar a la defensa un nombre genérico: “exceptio sine actione agit”. Se habla de acción, entonces no es el sentido que le hemos dado en el capítulo anterior sino como sinónimo de derecho sustancial que justifique una sentencia favorable al actor, tal como ha sido anotado oportunamente.

También a diferencia de las dilatorias, las excepciones perentorias no se deciden “*in limite litis*”, *ni suspenden la marcha del procedimiento, ya que su resolución se posterga en todo caso para la sentencia definitiva*” (Couture E. , 1948., pág. 117).

Para ilustrar mayormente el concepto de excepción perentoria, vamos también a tomar nota del concepto emitido por el tratadista Rocco que dice: “*las excepciones de derecho sustancial perentorias son las que tienden a excluir definitivamente la existencia del derecho sustancial alegado por el actor*”. (Rocco, 1970, pág. 326)

A su vez, el dr. Alfonso Troya enseña que: “*las excepciones perentorias, son propiamente las defensas. Consisten en negar la obligación por uno de los modos expresados en el código civil y la de cosa juzgada*”. (Troya, 1978, pág. 439).

Nuestro Código Procesal Civil acertadamente dispone que las perentorias “son las que extinguen en todo o en parte la acción a que se refiere la demanda” Art. 99; efectivamente este concepto legal es adecuado en cuanto a que las excepciones perentorias mas que tender, extinguen total o parcialmente la acción contenida en la demanda, la pretensión del actor, su objetivo principal se ve truncado ante la oposición del demandado, quien presenta a criterio del juez su defensa fundada en fundamentos inherentes al derecho mismo, porque al proponer como excepción que ya se ha pagado la obligación reclamada, por ejemplo y probada tal argumentación la sentencia será absolutoria totalmente, ya no hay un derecho pendiente ni por reconocerlo, ni violado.

Así como las dilatorias son netamente excepciones procesales, adjetivas; las perentorias excepciones puramente de derecho, de puro derecho, pues en nuestro derecho como lo dice el Código Procesal Civil Art. 101, son las que están sostenidas en la extinción de la obligación

según los modos que se expresan en el Código Sustantivo, y estos modos son varios los que contempla el citado código en su libro cuarto.

Cualquiera de las disposiciones del Código Civil, referentes a la extinción de una obligación servirá como excepción para ser usada como defensa del demandado en juicio.

Debo acotar que doctrinariamente se ha establecido algunas excepciones que pueden ser alegadas como dilatorias o como perentorias, causa por la cual se las denomina como mixtas.

En principio en la legislación española se estableció como excepción mixta, la cosa juzgada, la prescripción y el pacto de no pedir, más tarde los tratadistas agregaron otras que consiguientemente trajeron dificultades en el desarrollo del proceso, por ello algunas legislaciones establecen taxativamente, como la legislación chilena, otras como la nuestra ni las nombra, pero si son consideradas por los tratadistas y la jurisprudencia.

La ventaja de las excepciones mixtas, es que pueden impedir que se tramite un juicio ordinario completo, ya que estas se resuelven previamente.

La legislación chilena admite como excepción mixtas: la cosa juzgada, la transacción y la inadmisibilidad y sobre su interposición y tramitación nos habla el art. 304 del Código de Procedimiento Chileno en materia civil, “que las excepciones mixtas pueden ellas oponerse y tramitarse del mismo modo que las dilatorias; pero si son de lato conocimiento debe el juez ordenar contestar a la demanda y reservar su fallo para sentencia definitiva”.

Nuestro Código no ha establecido ninguna excepción mixta, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia ha considerado a la cosa juzgada como tal, pese a estar considerada entre las excepciones perentorias más comunes.

El Art. 297 de nuestro Código Procesal Civil establece: la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables respecto de las partes que siguieron el juicio o de sus sucesores en el derecho; en consecuencia, no podrá seguirse nuevo juicio cuando en los dos juicios hubiere tanto identidad subjetiva constituida por la intervención de las mismas partes, como identidad objetiva consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, fundándose en la misma causa, razón o derecho.

Para apreciar lo mismo, la excepción de cosa juzgada impide que se expida una sentencia cuya causa ya fue resuelta anteriormente y para que esto suceda es necesario que los litigios, tanto el primero que fue resuelto, como el segundo en trámite, se basen en una misma cuestión de derecho y unas mismas personas; o sea, para que esta excepción tenga eficaces es indispensable que haya identidad entre los dos litigios y para que esto suceda es necesario que el asunto controvertido sea uno mismo e intervengan las mismas partes.

La excepción de cosa juzgada ha sido considerada como excepción mixta, en virtud de que al alegarse como dilatoria, tiende a impedir que el juez admita a discusión la acción; y como perentoria admitida a discusión la acción al demandado, propender a que la nueva sentencia a dictarse se funde en la anterior, para excluir de esta manera la posibilidad de que recaiga una nueva resolución en lo ya juzgado.

Este tipo de excepción sirve para la oposición jurídica a los fundamentos de la acción, Art. 101 de Nuestro Código de Procedimiento Civil, dice que las excepciones perentorias son: “las que tienen por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Código Civil y la cosa juzgada”.

Al decir que las anotadas son las excepciones más comunes, nos está indicando que, conforme advertimos al referirnos a la enumeración ejemplificativa de las excepciones dilatorias, existen unas tantas más que perfectamente pueden ser propuestas por el demandado, pero que no han sido enumeradas en el Código por tener importancia secundaria.

Diferente es la redacción de la norma citada anteriormente, con relación a los anteriores Códigos de Enjuiciamiento Civil, ya que estos, junto con los modos de extinguir las obligaciones y de las cosa juzgada, anotaban la excepción de no existencia de obligación alguna.

Quienes redactaron los códigos anteriores, posiblemente inspirados en la Clasificación de las excepciones de Savigny, de negativas absolutas y negativas relativas, hicieron constar tal excepción, ya que el derecho reclamado por el actor jamás ha existido y las negativas tenían que ver a que la pretensión del actor, si bien existió ya se extinguió en todo o en parte.

Y por lógica, no hacía falta enunciarla, pues si una acción por una obligación extinguida da lugar a oponer una excepción perentoria, mucho más que en contra una acción iniciada por una obligación que jamás ha existido.

Acertadamente nuestros legisladores al redactar esta disposición, al igual que en las dilatorias tuvieron la precaución en decir que las perentorias más comunes son, ya que como anota el Dr. Troya Cevallos al referirse a las excepciones que estamos tratando dice: *“Son tantas que ningún código las enumera. Su gran importancia consiste en que sirven para fijar la controversia, es decir, la materia sobre la cual se ha de pronunciar el órgano jurisdiccional”*. (Troya, 1978, pág. 439)

El estudio de los modos de extinguir las obligaciones corresponde más al derecho sustantivo que al procesal, por tanto nos abstendremos de ir analizando profundamente y solo lo haremos brevemente.

Anotemos lo que nos indica el artículo 1583 del Código Civil vigente: “Las obligaciones se extinguen en todo o en parte:

1. Por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo;
2. Por la solución o pago en efectivo;
3. Por la transacción;
4. Por la compensación;
5. Por la confusión;
6. Por la remisión;
7. Por la novación;
8. Por la pérdida de la cosa que se debe;
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y,
11. Por la prescripción.”

4.14. Excepción de extinción de obligación por convención de las partes.-

Este modo de extinguirse las obligaciones por parte del demandado, consiste en oponerse por no existir ya obligación alguna que reclamarse o que esté perjudicando al actor, ya que mediante una convención de las partes contratantes, ahora actor o demandado, acordaron que el contrato quedará sin efecto, en otras palabras es el mutuo acuerdo de las partes para dejar sin efecto o desistir sobre el cumplimiento del contrato que los unía.

Desde luego que para que surta efecto esta excepción, las partes que mutuamente desistieron, debieron ser capaces y poder disponer libremente de lo suyo y que además ninguna de las partes haya dado cumplimiento.

Esta excepción, será argumentada con base legal del numeral primero del Art. 1583 del Código Sustantivo.

4.15. Excepción de extinción de obligación por pago o solución.-

Consiste en oponerse a la pretensión del actor, porque la obligación reclamada por él, el demandado ya lo cumplió, ya no debe el objeto de la prestación. Con respecto a este modo de extinción de obligación, el Dr. Larreátegui anota: *“El pago puede definirse como el cumplimiento de la prestación a que se obligó el deudor con el acreedor”*. (Larreátegui, 1982., pág. 144)

Entonces, si el deudor cumplió ya con lo que debía, el acreedor satisfecho y que funge de actor en el proceso será opuesto con esta excepción, como en todas estas excepciones, desde luego sujetas a la comprobación en la etapa probatoria.

Esta disposición que sirve de defensa para el demandado lo encontramos plasmada en el Art. 1583 numeral segundo, Código Civil.

4.16. Excepción de extinción de obligación por novación.-

Por novación entendemos, el cambio de obligación, de una anterior por una nueva, y así lo define el Dr. Carlos Larreátegui *“la novación consiste en la colocación de una nueva relación obligatoria en el lugar que ocupaba la existencia hasta entonces. Por medio de esta sustitución, la antigua obligación queda extinguida y por ello la novación es un sustituto del pago”*. (Larreátegui, 1982., pág. 158)

Por tanto, presentar a la novación como excepción por parte de un demandado, consiste en que no obstante aceptar la existencia de una obligación anterior pero que la misma ya se extinguió, existe de por medio otra obligación nueva, la misma que puede o no ser exigible ese momento, pero que sobre esta última el demandado es que debe perseguirla y mas no pro la dada de baja mediante el traslado a esta nueva vigente.

Como ejemplo citaríamos, una compraventa en la que por el precio se pagó con documentos tales como la letra de cambio , y el acreedor demanda la rescisión del contrato por falta de pago, o falta de cumplimiento en el pago, en este caso será procedente la excepción de extinción de la obligación por haber novación de obligación, ya que lo correcto habría sido, perseguir al deudor por incumplimiento en el pago de los títulos ejecutivos o letras de cambio, mas no por la compraventa en si o la relación contractual de aquella.

4.17. Excepción de extinción de obligación por haber transacción.-

Transacción es un arreglo extrajudicial que tiene por objeto evitar un juicio, terminando una obligación existente, pero ante todo, cediendo en parte sus pretensiones y a su vez sus concebidos derechos, es decir, mediante concesiones mutuas

Para el efecto seguiremos ilustrándonos con lo que manifiesta el profesor universitario Dr. Larreátegui, al respecto dice lo siguiente:

“La transacción presupone, pues, otra relación jurídica sobre la que existe discrepancia o inseguridad entre las partes. Por medio de ella, cada una de las partes abandona parcialmente sus pretensiones y en vista de estas recíprocas concesiones, la transacción se lleva acabo realmente como un contrato obligacional”. (Larreátegui, 1982., pág. 178).

Reforzando la explicación, la transacción, es un contrato o convenio por medio del cual las dos partes de la relación jurídica ya existente, acreedor y deudor o futuros actor y demandado, acuerdan en dar o en recibir lo que buenamente cada quien tenga y mutuamente aceptado, aunque vaya en desmedro a su pensar, pero que de esta manera dan fin a la relación.

Por tanto sería inútil, que el antes acreedor intente recurrir al órgano jurisdiccional competente, en busca de amparo o protección, argumentando la existencia de una obligación, la misma que ya fue extinguida porque transaron de tal o cual forma, lo que será motivo de argumentación y defensa el presentar sus excepciones por parte del requerido demandado.

Ejemplificaremos la cuestión, en un contrato de obra, quien la realiza estima que su trabajo vale 50 y la otra parte otorgante que solo valdría 40; transar consistiría en llegar a un acuerdo por el cual el valor aceptable para ambas partes por dicha obra sea en 45 por ejemplo; pero que ambas partes por dicha obra sea en 45 por ejemplo; pero que luego inclusive ya cobrándose quien realizo tal obra, intenta una acción en la que pretende reclamar, argumentando que ha sido perjudicado, ya que su trabajo vale 50 o más; este es el momento y las condiciones de la obligación por haber transacción.

4.18. Excepción de extinción de obligación por remisión.-

Llamada también condonación, esta forma de extinguir las obligaciones consiste en que el acreedor, renuncia a sus derechos o a su vez los regala al deudor, con lo que termina o pone fin a la relación jurídica entre acreedor y deudor, el profesor Larreátegui enseña que *“la remisión*

o condonación es el modo de extinguir las relaciones por la renuncia a título gratuito que el acreedor hace de sus derechos. El acreedor podía perdonar la deuda al obligado ya sea verbalmente o por escrito, en forma expresa o tácita (Larreátegui, 1982., pág. 175).

La remisión para que sea utilizada como excepción y desde luego aceptada por el juzgador, debe cumplir ciertas condiciones que nuestra ley las estipula, así pues, el Art. 1668 del Código Civil, dice: “La remisión que procede de la mera liberalidad, está en todo sujeta a las reglas de la donación entre vivos; y necesita de insinuación en los casos en que la donación entre vivos la necesita”.

Según estas disposiciones para que haya remisión quien quiera hacerlo, desde luego debe ser primeramente capaz, hábil para realizar este acto, porque se lo asimila a la donación, porque tiene los mismos efectos que aquella pero por tanto también será necesario sujetarse a ciertas disposiciones relativas a la donación entre vivos.

Como excepción, este modo de extinguir las obligaciones, el demandado lo hará valer, lo opondrá, si su acreedor lo ha remitido o condonado la deuda, ya sea verbalmente, por escrito, expresa o tácitamente, la forma de remitir o condonar puede ser distinto pero tendiente a este objetivo que es perdonar la deuda existente a favor del acreedor.

4.19. Excepción de extinción de obligación por compensación.-

Iniciemos definiendo el término compensación, el cual proviene del verbo latino “compensare”, que significa contrapesar que a su vez es la unión de dos voces: cum y pensare, cuyo significado es, pensar con, este significado nos trae a la memoria, la antigua costumbre de los romanos de efectuar los pagos pesando en una misma balanza y la misma cantidad, los metales que representaban la moneda y que era la materialización de la deuda.

Esta excepción de mucha utilidad para los deudores mutuos, pues tanto para el acreedor como para el demandado, es más conveniente pagar compensando, que pagar por una parte y por otra demandar el pago de lo que su contendor le debe.

Por compensación se entiende el descuento de una deuda por otra, entre dos acreedores mutuos.

Para que se opere la compensación en caso de coexistir obligaciones recíprocas, se requiere que ambas deudas sean de dinero o de cosas fungibles de igual calidad u género, sean

liquidadas y de plazo vencido o actualmente exigibles como lo dice el Código Civil en su Art. 1671.

Cabe anotar que la compensación se opera sola hasta la concurrencia de las deudas, pues si una de ellas es mayor a la de otra, el saldo queda libre de la compensación.

También debemos anotar que la compensación es una excepción real y por lo mismo, puede ser propuesta también por los herederos del demandado.

La importancia del estudio de esta excepción, radica más que todo, porque en la práctica ha sido frecuentemente confundida con la reconvencción, cuando si bien es verdad que tiene cierto paralelismo, con todo, difieren esencialmente, como vamos a diferenciarlo a continuación.

El derecho reclamado en compensación puede perfectamente proponerse como acción independiente, pero opuesto como compensación, reviste los caracteres de las excepciones perentorias, pues trata de obtener la extinción total o parcial de la acción del demandante y así mismo la absolución total o parcial del demandado; viene entonces a ser un medio de defensa, como todas las demás excepciones.

La reconvencción en cambio, aunque en forma indirecta también constituye una defensa, es esencialmente una nueva acción, un ataque y el afán del demandado no tanto es obtener su absolución, cuanto de obtener la condena del demandante.

En caso de reconvencción, hay dos juicios que se ventilan simultáneamente ante un mismo juez, en tanto que en la compensación no hay más que un juicio.

Para que pueda proponerse la compensación, debe reunir todos los requisitos fijados en el Art. 1672 del Código Civil, mientras que para reconvenir completamente de la que ha originado el reclamo del actor.

La compensación solo puede proponerse hasta el monto del crédito del demandante, mientras que la reconvencción se propone por la obligación íntegra.

De estas comparaciones, nos viene en recapacitar y bien pueden proponerse al mismo tiempo la excepción de compensación y la acción reconvenzional; la primera para extinguir la acción del demandante y la segunda para obtener su condena por el exceso.

Otra diferencia consiste en que, en la compensación el demandado está confesando y además aceptando la existencia de su obligación, se podría decir que se está allanando a la demanda y pidiendo solamente se tome en cuenta su crédito para satisfacer en todo o en parte el de su demandante. En la reconvencción en cambio, bien puede estar el demandado al mismo tiempo negando las pretensiones del actor y dirigiendo simultáneamente el ataque contra él.

De las diferencias anotadas, vemos que en la mayoría de los casos, es más factible presentar indistintamente o la reconvencción, pero más aconsejable será el presentar la reconvencción, sobre todo cuando el demandado no éste seguro de la existencia de un crédito en su contra, porque así no se compromete al pago de la deuda por la que ha sido enjuiciado, ya que como lo anotamos al excepcionarse mediante la compensación el deudor está confesando y aceptando la deuda.

4.20. Excepción de extinción de obligación por confusión.-

Existe confusión, cuando en la misma persona recae dos calidades: actor y deudor; eso es lo que dice nuestro Código Civil, en su Art. 1681 “cuando concurren en una misma persona las calidades de acreedor y deudor, se verifica el derecho de confusión que extingue la deuda y surte iguales efectos de confusión que extingue la deuda y surte iguales efectos que el pago”.

Para clarificar el panorama, ejemplificaremos sobre el asunto; su hijo hereda según la ley, por tanto heredara los créditos como los débitos y aquí habrá confusión, ya que no se puede ser a la vez acreedor y deudor de sí mismo, confusión que opere de derecho, como dice el Dr. Larreátegui *“la extinción de una deuda por confusión se produce en forma automática, ipso jure, es decir, sin que sea necesaria declaración alguna; es claro que si en lugar de un heredero hubieran dos, la confusión solo operará por la mitad”* (Larreátegui, 1982., pág. 165).

Pero, los créditos y deudas del heredero que acepto con beneficio de inventario, no se confunden con las deudas y créditos hereditarios”. Art. 1685 del Código Civil.

4.21. Excepción de extinción de obligación por pérdida de la cosa que se debe.-

Esta excepción está amparada en lo que dispone el Art. 1686 del Código Civil la misma que dice: “Cuando el cuerpo cierto que se debe perece, o porque se destruye o porque deja de estar en el comercio, o porque desaparece y se ignora si existe, se extingue la obligación; salvo empero las excepciones de los artículos subsiguientes:”, esto es, que cuando se debe una cosa de cuerpo cierto y aquella muere, desaparezca y se ignore si existe, se extingue la obligación, pero para que esto ocurra y se pueda presentar como excepción ahí la necesidad de no incurrir en lo enumerado en los Art. 1687 al 1696 del citado código.

Como excepción de extinción de la obligación por pérdida de la cosa que se debe, la más usada en la práctica es aquella que se propone cuando el deudor ha sido objeto de robo y no se sabe quien lo realizó y se lo ha declarado robo público, desde luego cumpliéndose con los requisitos necesarios en el campo penal para ser tal.

4.22. Excepción de obligación por declaración de nulidad o por la rescisión.-

Esta excepción opera cuando ha sido declarada la nulidad o la rescisión de un acto o de un contrato, por tanto el argumento de esta defensa será el de que la obligación por la cual reclama el acreedor no existe porque ya fue declarada nula o se ordenó la rescisión por parte del juez, nulidad que pudo haber sido declarada absoluta o relativa.

Cuando se extingue las obligaciones por haber sido declarada la nulidad o por la rescisión, el deudor ha quedado liberado de la relación jurídica celebrada viciosamente o carente de ciertas solemnidades necesarias para ser considerado tal acto o contrato como legítimo y valedero, capaz de ser ejecutado.

Con el hecho de la declaratoria de la nulidad o rescisión, la situación o asunto sobre el que aún cree tener derecho el posible actor, no tiene ningún valor, y en caso de intentar alguna acción, de hecho que se encontrará a su frente la excepción de que su pretensión ya está resuelta, fue nula o se rescindió.

Este modo de extinguir las obligaciones lo encontramos citado en el Art. 1697 hasta el 1714 del Código Civil.

4.23. Excepción de extinción de obligación por el evento de la condición resolutoria.-

Condición resolutoria es la que nace por el incumplimiento del contrato por una de las partes, si las dos partes son incumplidas, ninguna tiene derecho para exigir de la otra o hacer uso de la condición resolutoria.

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria, de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá la otra contraparte a su arbitrio, o la resolución o cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”, Art. 1505 del Código Civil.

El concepto de condición resolutoria nos la da el Art. 1495 que dice que la condición se llama “resolutoria cuando por su cumplimiento se extingue un derecho”.

De este concepto podemos manifestar, que cuando se ha cumplido una condición, ese momento se extingue el derecho y bajo este argumento se mantendrá esta excepción, de que al actor o demandante ya no le asiste ningún derecho, pues por cumplida la condición se extinguió su derecho y que en los contratos bilaterales pasa a ser del otro.

4.24. Excepción de extinción de obligación por prescripción.-

Prescripción es un modo, tanto de extinguir las obligaciones, las acciones o derechos ajenos, así como de adquirir las cosas ajenas, la prescripción es de dos clases: adquisitiva y extintiva; la que los romanos las llamaban, prescripción liberatoria y prescripción adquisitiva de dominio. El Dr. Larreátegui anota que prescripción *“es un medio de liberarse de una obligación por no haber pedido el acreedor su cumplimiento o pago dentro del tiempo que fijan las leyes para cada clase de créditos”* (Larreátegui, 1982., pág. 184).

En cambio la prescripción adquisitiva, es aquella que adquiere un derecho por haberlo ejercido durante un tiempo y que a su vez quien fue el titular dejó de hacerlo.

Además de la prescripción adquisitiva de dominio y extintiva de derechos, tenemos la prescripción extintiva de las acciones judiciales.

Este derecho de defensa, que el demandado tiene para presentar como excepción, siempre debe estar sujeto al tiempo y al cumplimiento de ciertas condiciones durante dicho transcurrir del tiempo.

La prescripción en nuestra legislación se la considera y sirve tanto como modo de adquirir el dominio de las cosas, Art. 611: así como un modo de extinguir las obligaciones, Art. 2392 de extinguir las acciones judiciales, Art. 2414 del Código Civil.

En este análisis de la excepción por prescripción, es necesario que las enumeremos según su tiempo y la ley que las concede; entre otras vamos a enunciar las siguientes:

- ☐ Prescripción adquisitiva de dominio; la ordinaria es de tres años para los bienes muebles y cinco años para los raíces Art. 2408 y la extraordinaria quince años art. 2411 ibídem;
- ☐ Prescripción adquisitiva de dominio de servidumbre es de cinco años, Art. 926, inciso tercero;
- ☐ Prescripción extintiva de la acción Pauliana, un año, Art. 2370, inciso tercero;
- ☐ Prescripción extintiva de acción de rescisión por nulidad, cuatro años, Art. 1708;
- ☐ Prescripción extintiva de acción rescisoria pro lesión enorme; cuatro años, Art. 1836;
- ☐ Prescripción extintiva de acción redhibitoria; seis meses para las cosas muebles y un año para los bienes raíces, Art. 1806;
- ☐ Prescripción extintiva de acción de conservación o de recuperación de la posesión; un año Art. 928;
- ☐ Prescripción extintiva de acción de reformas de testamento; cuatro años, Art. 1239;
- ☐ Prescripción extintiva de acción por evicción de bienes hereditarios; cuatro años, Art. 1361 inciso segundo;
- ☐ Prescripción extintiva de acción ejecutiva, cinco años Art. 2415;

- Prescripción extintiva de acción ordinaria, diez años, Art. 2415;
- Prescripción extintiva de acción de honorarios de jueces, abogados, procuradores, médicos y cirujanos, ingenieros y agrimensores, directores o profesores de colegios y escuelas y en general de los que ejercen cualquier profesión liberal, siempre que no estén amparados por el Código del Trabajo; tres años, Art. 2421;
- Prescripción extintiva de acción de mercaderes, proveedores y artesanos, por precio de artículos al menudeo, dos años Art. 2422;
- Prescripción extintiva de acción por servicios periódicos o accidentales de posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc.; dos años Art. 2422.

El tiempo establecido para que exista la prescripción, para que surta efecto como excepción, en nuestra legislación es taxativa para cada caso como lo hemos citado, tiempo que se cuenta desde y tal como lo establece la ley y siempre y cuando no haya sido interrumpida la prescripción.

A propósito de estar tratando sobre las prescripciones, el mismo profesor Larreátegui se plantea una interrogante sobre si las excepciones también prescriben, contestando que no, en razón de que el hacer valer la excepción no depende de la voluntad del titular, sino que presupone el que se haya entablado la acción y únicamente las excepciones accesorias que no son sino la alegación de la pretensión por vía de defensa, prescriben en general con la pretensión.

4.25. Excepción de cosa juzgada.-

Esta excepción consiste en excluir la acción del demandante fundándose en la existencia de un fallo ejecutoriado con anterioridad, sobre el mismo litigio y promovido por las mismas personas.

Toma el nombre de cosa juzgada, porque fue el resultado de un juicio resuelto en base a las normas legales y sentenciado por el juez, al respecto Rocco manifiesta:

“Por cosa juzgada entendemos la cuestión que ha constituido objeto de un juicio lógico por parte de los órganos jurisdiccionales, esto es, una cuestión acerca de la cual ha tenido lugar un juicio que la resuelve mediante la aplicación de la norma general al caso concreto y que,

precisamente porque ha constituido objeto de un juicio lógico, es llamada juzgada". (Rocco, 1970, pág. 313).

El estudio de la cosa juzgada ha sido objeto de serias discusiones tanto en derecho civil como en derecho procesal, nosotros nos referiremos solo al aspecto procesal, ya que la estamos estudiando como excepción perentoria.

Esta institución de la cosa juzgada, la hemos heredado también del derecho romano, ya existió la idea de "res judicata pro veritate accipitur", la cosa juzgada debe aceptarse como verdadera, esto implica una presunción de derecho, que no admite prueba en contrario, he aquí los fundamentos de la cosa juzgada, la ley quiere que se respete el fallo judicial, pues lo supone netamente verdadero e indiscutible; mas cree la ley en la certeza jurídica que en los posibles errores del juez o tribunal; por eso agrega el derecho romano; "bis de eadem re ne sit actio", no puede tener lugar dos veces una acción, sobre el mismo asunto; basta que la actividad jurisdiccional se desarrolle una sola vez, aunque la misma cuestión pudo haber sido considerada en dos o más instancias, pero una vez ejecutoriada la sentencia se efecto debe ser definitivo.

Con esto, la ley quiere no solo evitar que se pronuncien fallos contradictorios sobre cuestiones idénticas, sino también que pueda aplicarse la decisión sobre lo que ya ha sido juzgado.

Imaginémonos por un momento la inexistencia de esta excepción, ya podemos figurarnos lo eternamente inciertos que serían los derechos de las personas si cada momento pudieran volver al tapete de la discusión judicial y nunca poder ser definidos en forma definitiva y permanente.

Ya lo advertimos al tratar sobre la excepción dilatoria de litispendencia, para que tanto ésta como la perentoria de cosa juzgada puedan proponerse, se necesitan identidad subjetiva e identidad objetiva de los dos procesos. Difieren en que la litispendencia supone otro pleito en curso y la cosa juzgada otro litigio que ya ha obtenido sentencia ejecutoriada.

La excepción de cosa juzgada puede ser propuesta, no solo por el vencedor, sino también por el vencido, en el juicio cuya sentencia ejecutoriada es el objeto de la alegación. Ilustremos esta circunstancia con los siguientes ejemplos: El vencedor en el primer litigio vuelve a promover la acción pensando obtener un fallo más ventajoso, el demandado antes vencido presentará la excepción de cosa juzgada para que no se le exija más. Al contrario, el vencido en el primer litigio vuelve a entablarlo tal vez variando ciertas modalidades, pero

conservando en el fondo la misma cuestión, con el afán de obtener un fallo contrario al anterior, en este caso el vencedor del primer litigio naturalmente afirmará su defensa en la excepción de cosa juzgada.

Como expresa Goldschmidt: *“lo que se reconoce por fuerza de cosa juzgada, no puede controvertirse de nuevo y lo que se desestima con fuerza de cosa juzgada no se puede hacer valer”*. (Goldschmidt, 1961, pág. 59)

Hay juicios en cuyas sentencias, la ley fundándose indudablemente en razones de orden social, ha querido privarles del efecto de cosa juzgada, así sucede por ejemplo, con el juicio de alimentos, del cual dice el Art. 730 del Código de Procedimiento Civil “las resoluciones que se pronuncien sobre alimentos no causan ejecutoria” (Nacional C. , 2012, pág. 113) , y concordante situación observa el Art. 108 inciso tercero del Código Civil, numeral sexto al decir que “el juez podrá, en todo tiempo, modificar la providencia en lo referente al cuidado, educación y alimento de los hijos, aun cuando hubiere sido confirmada o modificada por el superior” (Nacional c. , 2007).

Disposiciones muy justas, pues no siendo así, esas resoluciones causarían efectos negativos, tanto al alimentante cuanto al alimentario, pues no se puede saber a futuro que el alimentante no esté en capacidad de adoptar dicha pensión, porque su posición económica ha sufrido detrimento es irrisoria y necesita un aumento, o como puede suceder el caso de que el alimentario ya no necesite.

Es por estos razonamientos que en estos juicios siempre se estará sujeto a las contingencias y no se puede oponer la excepción de cosa juzgada no por parte del alimentante ni del alimentario.

4.26. Excepción de improcedencia.-

Es una excepción usada muy frecuentemente en la práctica, pues los demandados piden el rechazo de la demanda o de la acción por improcedencia de la misma; la demanda es improcedente, es la expresión vulgar de ciertas defensas.

La acción es injurídica, porque está prescrito el derecho que se reclama; está caduca la acción, extinguida la obligación, nulo el título en que se ampare, etc. Se refiere como se observa, a los fundamentos jurídicos de las pretensiones contenidas en la demanda.

El significado de improcedencia es, inadmisibile y refiriéndose al campo legal, improcedente es igual a injurídico.

Es una expresión genérica que para definir su valor, el juez tendrá que ver si se la ha expresado sin especificación alguna o si se le ha agregado algún argumento que justifique tal improcedencia; si ninguna especificación se la ha añadido, la excepción de improcedencia equivaldrá a la contestación simplemente negativa, pero si esta agregada de algún argumento, la excepción valdrá lo que tal argumento valga.

Así por ejemplo, si el demandado dice que es improcedente la demanda porque ya ha pagado la deuda o porque no le corresponde conocer de ella al juez ante quien se la ha propuesto, tendremos respectivamente la excepción perentoria de pago o la dilatoria de incompetencia.

Título 5

5. Como proponer las excepciones

5.1 Diversas formas de sustanciar los juicios y su defensa.-

Al referirnos al modo y tiempo de proponer las excepciones, tenemos que remontarnos a la comparación de nuestro Código Adjetivo y anotar la gran diferencia que existe entre el sistema vigente y el sistema mantenido en los anteriores Códigos de Enjuiciamiento.

Según éstos, en los juicios ordinarios, las excepciones perentorias eran las únicas que podían proponerse juntamente con la contestación a la demanda y podían proponerse juntamente con la contestación a la demanda y respecto de las dilatorias, todos los códigos que regulaban el procedimiento civil disponían que debieran presentarse antes de la contestación a la demanda.

Conservadores de leyes y fórmulas jurídicas tradicionales y ciegos imitadores de legislaciones extranjeras, ventajosamente mantuvieron esas disposiciones solo hasta 1938, aquel sistema, trasunto del derecho español y que nos recuerda el derecho francés, en que a las excepciones dilatorias se las consideraba como medios prejudiciales o presupuestos procesales, como lo definía Chiovenda, estaban condenadas a desaparecer en aras de la simplificación del procedimiento civil; nos figuramos cuanto duraría el ingreso en la litis, si antes de dar contestación, podía retardarse el juicio indefinidamente con las excepciones dilatorias, cuya resolución podía llegar hasta la tercera instancia.

Seguramente, en el afán de abreviar el procedimiento contra el cual venían pronunciándose enérgicamente distinguidos jurisconsultos, se convino en innovar el sistema y fue así como se llegó a las actuales disposiciones del Código Procesal Civil, según las cuales los demandados, al dar contestación a la demanda en cualquier clase de juicio, sea ordinario, ejecutivo, verbal sumario, etc, debe presentar dentro del término legal, “conjuntamente” todas las excepciones de que se crean asistidos, sean éstas dilatorias o perentorias.

En los Códigos anteriores, no solo se disponía que las excepciones dilatorias habían de proponerse antes de la contestación a la demanda, sino hasta se llegó a distinguir de algunas excepciones y se facultó que éstas, en vez de ser propuestas colectivamente, puedan proponerse

solas. Tal cosa sucedió, según los códigos más antiguos, con la excepción de oscuridad de libelo y posteriormente también con la de incompetencia.

Imaginémonos la facilidad de hacer perdurar un juicio, si antes de contestar a la demanda, podían presentarse las excepciones dilatorias y si antes de presentar éstas, el demandado podía aventurarse primeramente con la excepción de oscuridad de libelo, la misma que era susceptible de tres instancias, para dar como resultado una simple declaración de que la demanda era clara u oscura.

Según el actual código, en su Art. 397, respecto del juicio ordinario, presentadas a un mismo tiempo las excepciones dilatorias y perentorias al juez las examina y resuelve en sentencia, y luego de haber concedido un término de diez días para su respectiva prueba, después de la cual resuelve sin más trámite y ésta resolución es susceptible del recurso de apelación únicamente.

Al tratar sobre las excepciones en general, el Art. 101 del actual Código de procedimiento expresa “las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda”, como vemos, sin indicar cuales, si dilatoria o perentorias, de lo cual deducimos que deben ser todas las que se crea asistido el demandado y al mismo tiempo de contestar a la demanda; en el juicio ejecutivo, dice igual cosa, Art. 429 del Código de Procedimiento Civil dice: “las excepciones sean dilatorias o perentorias se propondrán conjuntamente y dentro del término de tres días”.

En cambio en el juicio verbal sumario, como sabemos la contestación a la demanda tiene lugar en la audiencia de conciliación y es cuando se propondrán las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido el demandado, así lo previene el art. 833 del mismo Código procesal, “inmediatamente después de practicada la citación, el juez señalará día y hora para la audiencia de conciliación que tendrá lugar dentro de un período de tiempo no menor de dos días no mayor de ocho, contados desde la fecha en que se expida la providencia que la convoque”. Esto, aunque en la práctica no se obedezca.

La antigua distinción y tramitación independiente de la excepción dilatoria de oscuridad del libelo, ya no tiene ninguna razón de ser, pues como advertimos anteriormente, la misma es inadmisibles en el actual sistema procesal. Respecto de la dilatoria de incompetencia, debemos aclarar que tampoco hace falta proponerla por separado, aunque se diga que primero hay que definir la competencia del juez para confiarle el litigio, pues es lógico, que si el juez acepta la excepción y reconoce la incompetencia, e abstendrá de decidir sobre las demás dilatorias y

perentorias porque no puede al mismo tiempo, proclamar su falta de derecho para una cosa y ejercitar ese mismo derecho para resolver sobre otras. En caso contrario, decidirá conjuntamente con la negativa de la excepción de incompetencia, acerca de las otras dilatorias o perentorias que hubiera propuesto el demandado.

En cuanto al tiempo dentro del cual deben presentarse las excepciones, salta a la vista que debe ser el mismo que se requiere para la contestación a la demanda, ya que deben ser propuestas con tal contestación, como ya analizamos, varía el tiempo según la clase de juicio que se trate.

Al respecto nos permitimos advertir, que hay ciertos términos que los consideramos reducidos, por ejemplo, en el Juicio ejecutivo, las excepciones deben ser propuestas dentro del término de tres días, en este lapso muchas veces el demandado no tendrá tiempo ni para acudir en consulta al abogado, peor para que este pueda estudiar con la debida atención y prolijidad las bases del litigio, e iniciar una defensa digna del demandado, con un planteamiento de las excepciones dilatorias y perentorias que asistan al demandado. Casos como este, no son raros en cantones apartados donde no hay abogados defensores y los litigantes tienen que acudir a otras ciudades en busca de quien los defienda o patrocine su defensa.

5.2 Reforma a las excepciones.-

Según los primeros códigos de enjuiciamiento, propuestas conjuntamente las excepciones y presentada la contestación a la demanda, no cabía ya la reforma o modificación de éstas y toda excepción no propuesta dentro del término legal y en conjunto de aquellas, se suponía renunciada tácitamente y perdida para siempre. No solo que los códigos no contenían disposiciones permisivas al respecto, sino que contenían disposiciones prohibitivas, como la que nos señala el Art. 186 del Código de Enjuiciamiento Civil de 1869 que decía: “Después de contestada la demanda no podrá el demandado, proponer nuevas excepciones”.

Semejante norma, que faltaba a los elementales principios de equidad, estableciendo notable deferencia entre el demandante y el demandado, no podía subsistir indefinidamente; si al demandante se le ha facultado siempre reformar su acción antes del término de prueba, aunque el contendor haya presentado ya su contestación, que no cabía que solo al demandado se le niegue ese derecho, tanto más, cuanto que sabemos que puede ser el mismo derecho el violado y que se llama acción en manos del demandado.

El Congreso de 1911, tomando en cuenta esa falta de equidad, agregó a insinuación del Dr. Víctor Manuel Peñaherrera, un artículo al Código de enjuiciamiento civil de entonces, disposición que corresponde al Art. 104 del Código Procedimiento Civil dice: *“antes de recibida la causa a prueba, podrá el demandado reformar sus excepciones y aún deducir otras perentorias”*. La redacción hecha por el Congreso en referencia difería algo de la actual, pero el fondo era el mismo, pues, solo en vez de recibida decía “recibir” y en vez de reformar decía “modificar” (Nacional C. , 2012).

Con esta disposición se estableció igualdad de garantías para los dos litigantes, facultando ampliamente a ambos para modificar su acción o excepciones antes del término probatorio, facultad que cuando se lleva a la práctica, hasta viene a agregar la ventaja de fijar mejor los puntos controvertidos e ilustrar mejor el criterio del juez, para el momento de sentenciar.

Nótese bien que esta facultad concedida al demandado, solo puede efectuarse en el período primero del litigio, esto es el de la fijación de la controversia, caducando tan pronto como se reciba la causa a prueba, es decir, apenas comienza el segundo período.

5.3 Excepciones que pueden proponerse para cada clase de juicio.-

Como regla general ha de entenderse que el demandado puede presentar u oponer cualquier excepción de que se crea asistido, pues así se interpreta la disposición emanada por el Art. 101 del Código de Procedimiento Civil, que habla de los juicios en general, que transcrita dice: “Las excepciones se deducirán en la contestación a la demanda...”, pero ya entrando al análisis de cada uno de los juicios, vamos a ver que en ciertos juicios no se pueden presentar la diversidad de excepciones dilatorias o perentorias, sino las que el Código expresamente permite o a su vez, menos las que expresamente prohíbe.

En el juicio ordinario, que quizá es el más completo y largo en cuanto a que en éste se pueden dar todas las actuaciones judiciales existentes en materia procesal civil, se pueden proponer todas las excepciones tanto dilatorias como perentorias que se crea asistido el demandado y sean éstas, de puro derecho o sujetas a prueba, y con el solo impedimento de que no se puede oponer la excepción de oscuridad del libelo, como claramente lo estipula el Art. 397 del Código P.C., excepciones éstas que siendo dilatorias o perentorias se deberán resolver en sentencia, y no como lo hacían anteriores códigos, resolviendo primero las dilatorias y quedando las perentorias para la sentencia.

Del texto de las disposiciones referentes a esta clase de juicios, ordinarios entendemos que se pueden presentar, en tratándose de las dilatorias, todas las que ejemplifica el Art. 100 y respecto de las perentorias que por igual cita el Art. 101, más las otras que se encuadran como excepciones y que ya las estudiamos detenidamente y las reiteramos citándolas, éstas son:

Art. 100 C.P.C Dilatorias:

1. Relativas al juez: Incompetencia, falta de jurisdicción, ilegal intervención;
2. Relativas al actor: Falta de personería;
3. Relativas al demandado: Excusión u orden, beneficio de competencia, saneamiento.
4. Relativas a la forma de la demanda: Modo de proponer la demanda o incumplimiento de los requisitos del art.
5. Relativas al fondo de la demanda: Plazo pendiente.
6. Relativas a la causa misma: Acumulación de autos, litispendencia.
7. Relativas a la sustanciación de la causa: Modo de sustanciarse la causa (trámite equivocado).

Art. 101 C.P.C. Perentorias:

a) La que tiene por objeto sostener que se ha extinguido la obligación por uno de los modos expresados en el Art. 1583 del Código Civil, cuando se ha extinguido la obligación, estas son:

1. Por convención de las partes interesadas (resciliación)
2. Por la solución o pago efectivo;
3. Por la novación;
4. Por la transacción;
5. Por la remisión;
6. Por la compensación;
7. Por la confusión;
8. Por la pérdida de la cosa que se debe;
9. Por la declaración de nulidad o por la rescisión;
10. Por el evento de la condición resolutoria; y,
11. Por la prescripción.

b) La cosa juzgada.

En lo que tiene que ver con el juicio ejecutivo, igualmente se pueden oponer excepciones tanto dilatorias como perentorias, así lo fija el Art. 429 C.P.C. dice: “en el juicio ejecutivo, las excepciones, sean dilatorias o perentorias se propondrá conjuntamente y dentro del término de tres días”. Es decir que todas las excepciones anotadas para el juicio ordinario lo son también válidas para el ejecutivo.

Nosotros creemos que, a lo mejor no sea susceptible en este juicio oponer la excepción de extinción de la obligación “por pérdida de la cosa que se debe” y esto por la modalidad del juicio ejecutivo, ya que cuya acción estará fundamentada en un título que reúna las condiciones de ejecutivo.

Además, no se podrá oponer como excepción en este juicio, la oscuridad de la demanda, porque taxativamente lo prohíbe el Art. 420 en su parte final.

Como hemos dicho en esta clase de juicios será pertinente cualquier excepción, que para mayor abundancia el mismo Código ratifica tal situación al enunciar en la parte final del inciso segundo del Art. 486 que manifiesta: “la compensación y la confusión pueden alegarse en el juicio ejecutivo”, y en el Art. 489 “en la fase de ejecución del fallo, podrán alegarse pago efectivo, transacción, compensación, compromiso en árbitros, novación, espera el pacto de no pedir y cualquier otro arreglo que modifique la obligación siempre que fueren posteriores a la sentencia”.

Cuando a la demandad se ha aparejado sentencia ejecutoriada, en este caso solo se admitirá las excepciones que hayan nacido después de ejecutoriada dicha sentencia, esto lo estatuye el art., antes citado.

Ahora, vemos en el juicio verbal sumario cuales excepciones se pueden oponer, y de lo que establece el Art. 833 “la audiencia de conciliación empezará por la contestación a la demanda, que contendrá las excepciones dilatorias y perentorias, de que se crea asistido el demandado”. Podemos afirmar que también se pueden presentar al juez, excepciones tanto dilatorias como perentorias, esto es cualesquiera de las que hemos estudiado con anterioridad y que son las mismas anotadas para el juicio ordinario como para el ejecutivo.

De los vistos, en estos tres grandes grupos de juicios. Ordinarios, ejecutivos, verbal sumario, las excepciones admitidas son las mismas, dilatorias o perentorias, de puro derecho o sujetas a prueba, de las más variadas y como regla general de todas.

Pero a más de estos tres juicios también tenemos una variedad de juicios, cuya tramitación es especial y en algunos casos especialísima, unos en los que por el carácter mismo del juicio admiten excepciones del demandado y otros que no son más que verdaderos trámites o de jurisdicción voluntaria en los cuales no hay excepción que sea posible argumentar, por la naturaleza misma del juicio.

Anotaremos algunos juicios y las excepciones que proceden para cada uno de ellos: Así, en el juicio de conservación y recuperación de la posesión, solo se opondrá las siguientes excepciones: haber tenido la posesión de la cosa en el año inmediato anterior; haber precedido otro despojo causado por el mismo actor, antes de un año contado hacia atrás desde que se propuso la demanda; haber prescrito la acción posesoria y ser falso el atentado contra la posesión, Art. 689 del Código de Procedimiento Civil.

En el juicio de expropiación, como el objeto principal es determinar la cantidad que debe pagarse, de hecho que la única excepción será la inconformidad sobre el precio y no se admitirá ningún incidente más.

En el juicio de disolución voluntaria de la sociedad conyugal, únicamente las excepciones de: incompetencia del juez, falta de personería de alguna de las partes e inexistencia de la sociedad conyugal; Art. 814 del Código Procesal.

CAPITULO III

CUERPO METODOLÓGICO

3.1 Tipos de investigación

Para la realización del presente trabajo de tesis, hemos utilizado los siguientes tipos de investigación

3.1.1 Investigación bibliográfica

“La investigación Bibliográfica es una indagación documental que permite, entre otras cosas, apoyar la investigación que se desea realizar, evitar emprender investigaciones ya realizadas, tomar conocimiento de experimentos ya hechos para repetirlos cuando sea necesario, continuar investigaciones interrumpidas o incompletas, buscar información sugerente, seleccionar un marco teórico, etc.” (Buenastarea, 2010).

3.1.2 Investigación de Campo

Se trata de la investigación aplicada para comprender y resolver alguna situación, necesidad o problema en un contexto determinado.

3.1.3 Investigación descriptiva

La Investigación descriptiva, también conocida como la investigación estadística, describen los datos y este debe tener un impacto en las vidas de la gente que le rodea. (wikipedia, 2014)

3.2 Población o muestra

La muestra será tomada de un total de 60 personas, en la ciudad de Quito, en los juzgados de primera instancia de Pichincha exclusivamente Juzgados Civiles y a estudiantes de la Universidad Central del Ecuador.

De esta población se tomó una muestra Probabilística Aleatoria Estratificada en razón de los siguientes informantes:

Cuadro N°1

Población	Muestra
Juzgados Civiles	30
Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	30
Total	60

3.3 Métodos

3.3.1. Método Científico

Método de investigación usado principalmente en la producción de conocimiento en las ciencias. Constituye un conjunto de pasos fijados con anterioridad por una disciplina con el fin de alcanzar conocimientos válidos mediante instrumentos confiables.

3.3.2. Método Inductivo

Es un proceso de análisis de aspectos, de situaciones, de ideas, de hechos particulares, para llegar al principio o ley general que las determina; se toman los casos particulares para arribar a conclusiones generales. Para ello debe existir un contacto directo entre el investigador con esos hechos particulares a través de la experiencia, la observación en base de lo cual, será posible llevar determinados aspectos específicos del conocimiento a unificarlos en conceptos y categorías generales; en un proceso similar al que se realiza con los métodos analítico-sintético, en relación al tema de mi investigación.

3.3.3. Método Deductivo

Es el proceso de análisis contrario al inductivo, se parte de los aspectos generales, aceptados como válidos por la ciencia, los que por medio del razonamiento lógico se pueden deducir suposiciones o explicar los hechos particulares; significa que sacamos determinadas consecuencias de algo generalmente aceptado.

3.3.4. Método Analítico

Este método se utiliza para descomponer o desintegrar el hecho que se investiga, un problema, una entidad jurídica, una norma vigente; en sus diferentes elementos, “partes” que hacen el todo explicando sus implicaciones con ese todo, sin perder la visión que la hace parte del todo, pues cada parte tiene sus propias características y estructura, dentro de la estructura que hace parte del todo. En este método utilizaré el siguiente proceso: observación del problema objeto de investigación, descripción crítica, descomponer en partes, enumerar, ordenar y clasificar, acciones estas que me permitan un conocimiento claro y profundo.

3.3.5. Método Sintético

Este método complementa los procesos del método analítico, a pesar de que en este se realiza un proceso contrario, al reconstruir y reintegrar los elementos y las partes que en el analítico se desintegraron realizando un proceso de síntesis, similar al de un rompecabezas, para lo cual se elaborará un proceso sintético superior relacionado a la totalidad, al contenido del todo, a fin de comprender el todo, la idea, el hecho, la entidad jurídica, la norma en sus diferentes elementos y sus mutuas vinculaciones, siempre en relación a mi tema de investigación. Existe una correlación esto es el proceso analítico-sintético.

3.3.6. Método Exegético

Consiste en la interpretación y aplicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina el alcance de la letra de la Ley y las expresiones que la originaron en la forma como el legislador la elaboró, tratando de desentrañar la intención y voluntad del autor, su autenticidad e intencionalidad, para la aplicación por parte del juez o la administración de entidades y el estado, siempre en relación al tema objeto de mi investigación.

Método Comparativo.- Este método nos permite establecer comparaciones jurídicas, semejanzas y diferencias, con las similares que rigen en otros países y por supuesto evidenciar la bondad de ellas en su aplicación, como experiencias válidas para nuestra sociedad.

3.4. Técnicas

3.4.1 Técnicas e instrumentos de la investigación

Las técnicas utilizables para la realización de la presente investigación, por ser de carácter teórico - doctrinario, serán las siguientes:

Fichaje: Fichas bibliográficas y nemotécnicas.

Informática: Archivos electrónicos y bases de datos.

TECNICAS DE ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN: Para el análisis de la información se manejarán técnicas cualitativas.

3.4.2. Observación.-

Permite percibir directamente los fenómenos que son objeto de la investigación, a fin de determinar y recopilar datos reales del problema.

3.4.3. Encuestas

Es un instrumento de investigación de los hechos en las ciencias sociales, la encuesta es una consulta plasmada de personas elegidas de forma estadística y realizada con ayuda de un cuestionario.

La encuesta se diferencia de la entrevista en que la información que se obtiene ya está de antemano preparada y estructurada además, en la entrevista hay una mayor flexibilidad para obtener información

3.4.5 Instrumentos.-

Un instrumento puede ser confiable pero no valido, la validez y confiabilidad se las realizará en base a su contenido, en base a estos parámetros la recolección de los datos de la investigación serán válidos por cuanto se elabora con el siguiente procedimiento:

PRIMERO: Basados en la información científica recolectada se plantearan las preguntas que constituirán los instrumentos de la investigación.

SEGUNDO: Se redactará un borrador de los instrumentos mismo que será puesto a consideración de los catedráticos especializados de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador.

TERCERO: Con la aprobación de dichos instrumentos, se elaborara el formato definitivo que deberá ser lo más claro posible y guardar concordancia con los objetivos de la investigación.

3.4.5.1. Confiabilidad.-

La confiabilidad consiste en el grado de consistencia que posee un instrumento de investigación, será determinada por la utilización de modelos equivalentes, esto es usar dos o más modelos de encuestas o cuestionarios que permitan medir los factores. Estas serán aplicadas a las mismas muestras para verificar un coeficiente de confiabilidad. Del mismo modo el tamaño de la muestra fue calculado utilizando un error estándar menor al 0,05 al 90% de confiabilidad.

3.4.5.2 Formulario del Cuestionario

**UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES.
CARRERA DE DERECHO.**

**NOMBRE DEL EGRESADO
COMUNIDAD/ UNIVERSIDAD.**

OBJETIVO: Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil.

Formulario N°1

Jueces de lo civil del cantón quito y Alumnos de la Universidad Central del Ecuador.

Datos del encuestado:

Nombre:

Edad:

Sexo:

Subraye la respuesta que crea usted conveniente

1. ¿Cree usted que hay una correcta aplicación de las excepciones en los juicios civiles en el cantón Quito?

Si

No

2. ¿Qué entiende usted por excepciones?

Una regla de defensa

Establecer lo que la ley dice para la defensa

3. ¿Qué entiende por excepciones dilatorias?

Dilatan el proceso

Deja sin efecto la demanda

4. ¿Qué entiende usted por excepciones perentoria?

Dilatan el proceso

Extinguen el proceso

Las anteriores

Formato N°1

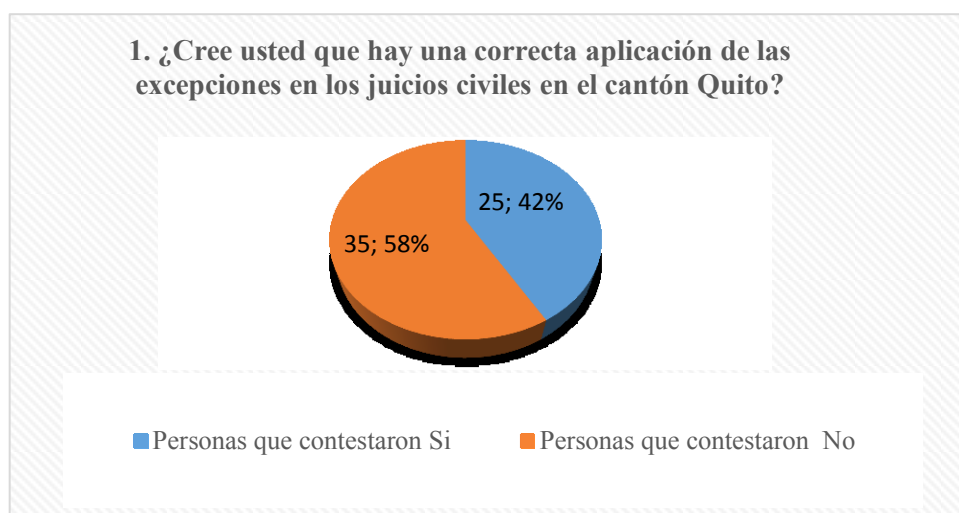
¿Cree usted que hay una correcta aplicación de las excepciones en los juicios civiles en el cantón Quito?

Según la encuesta realizada a un total de 60 personas entre jueces civiles y alumnos de la Universidad Central del Ecuador, que contestaron a la pregunta **¿Cree usted que hay una correcta aplicación de las excepciones en los juicios civiles en el cantón Quito?** De la siguiente manera:

Cuadro N°2

Personas que constaron si		Personas que constaron no	
Juzgados Civiles	10	Juzgados Civiles	20
Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	15	Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	15
Total	25	total	35

Gráfico N° 1



Según la encuesta realizada a un total del 100% (60) personas el 58% piensan que no se aplica correctamente la excepciones en los juicios civiles y el 42% piensan que si se aplica correctamente la excepciones en los juicios civiles.

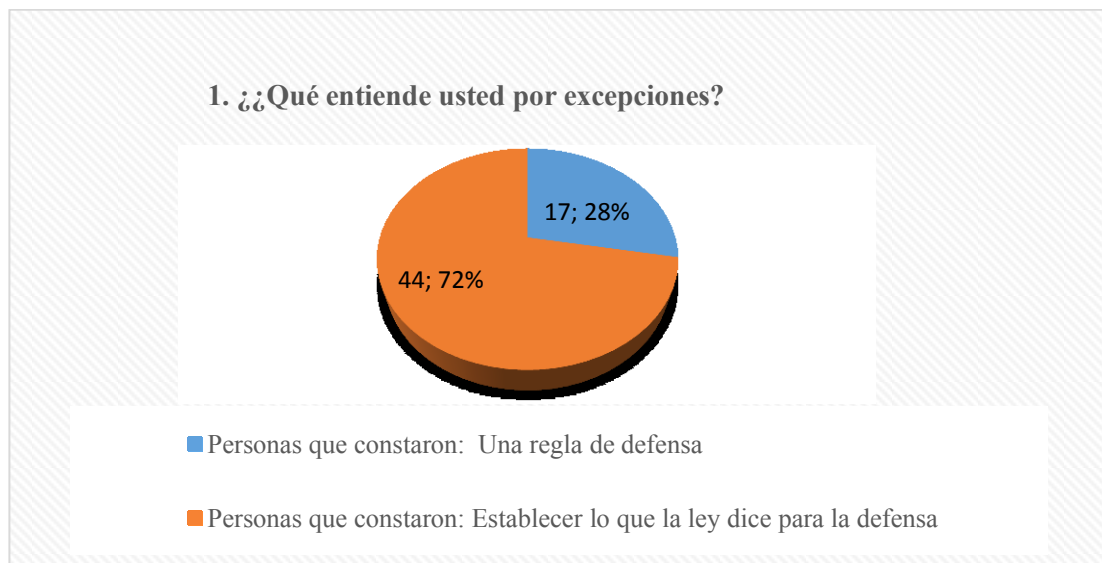
¿Qué entiende usted por excepciones?

Según la encuesta realizada a un total de 60 personas entre jueces civiles y alumnos de la Universidad Central del Ecuador, que contestaron a la pregunta **¿Qué entiende usted por excepciones?** De la siguiente manera:

Cuadro N°3

Personas que constaron: Una regla de defensa		Personas que constaron: Establecer lo que la ley dice para la defensa	
Juzgados Civiles	2	Juzgados Civiles	28
Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	15	Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	15
Total	17	total	43

Gráfico N° 2



Según la encuesta realizada a un total del 100% (60) personas el 72% piensan que las excepciones es el establecer lo que dice la ley para la defensa y el 28% piensan que sí que las excepciones es una regla de defensa.

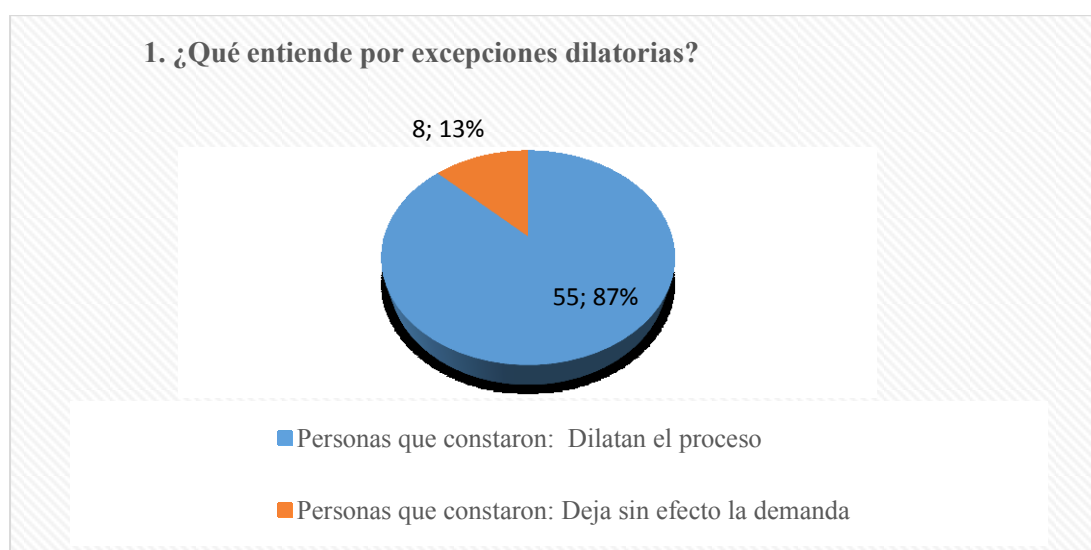
¿Qué entiende por excepciones dilatorias?

Según la encuesta realizada a un total de 60 personas entre jueces civiles y alumnos de la Universidad Central del Ecuador, que contestaron a la pregunta ¿Qué entiende por excepciones dilatorias? De la siguiente manera:

Cuadro N°4

Personas que constaron: Dilatan el proceso		Personas que constaron: Deja sin efecto la demanda	
Juzgados Civiles	30	Juzgados Civiles	0
Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	22	Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	8
Total	52	total	8

Gráfico N° 3



Según la encuesta realizada a un total del 100% (60) personas el 87% piensan que las excepciones dilatorias dilatan el proceso y el 13% piensan que sí que las excepciones dilatorias dejan sin efecto la demanda.

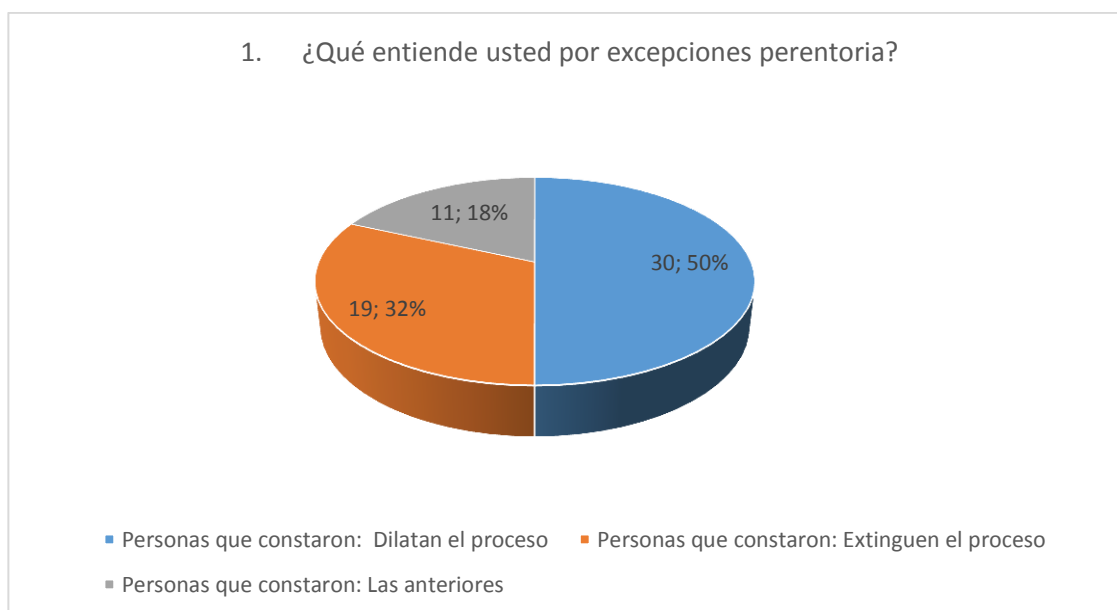
¿Qué entiende usted por excepciones perentoria?

Según la encuesta realizada a un total de 60 personas entre jueces civiles y alumnos de la Universidad Central del Ecuador, que contestaron a la pregunta ¿Qué entiende usted por excepciones perentoria? De la siguiente manera:

Cuadro N°5

Personas que constaron: Dilatan el proceso		Personas que constaron: Extinguen el proceso		Personas que constaron: Las anteriores	
Juzgados Civiles	5	Juzgados Civiles	15	Juzgados Civiles	10
Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	25	Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	4	Alumnos de la Universidad Central del Ecuador	1
Total	30	total	19	total	11

Gráfico N° 4



Según la encuesta realizada a un total del 100% (60) personas el 50% piensan que las excepciones perentorias dilatan el proceso, el 32% piensan que sí que las excepciones perentorias extinguen el proceso y el 18% piensan que son las ambas opciones.

CONCLUSIONES

- La acción es la facultad que tiene todo ciudadano para recurrir ante el órgano competente, para que se le reconozca el derecho que le corresponda, cuando han sido vulnerados sus derechos.
- La acción se exterioriza a través de la demanda para poder acceder a la justicia.
- El demandado para poder defenderse de las de las afirmaciones del actor al contestar su demandad debe proponer excepciones sean estas dilatorias o perentorias solo pueden alegarse dentro de los términos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico y por lo general en la contestación a la demanda.
- La falta de personería no es lo mismo que la ilegitimidad de personería y mucho menos que el legítimo contradictor, por lo que recomendamos su adecuada utilización al momento de formular las excepciones.
- Se concluye por medio de la encuesta que hay que establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil.
- Es posible establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil, por lo que es factible reformar la forma de plantear las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil
- Según la encuesta realizada se determina que hay que diferenciar las excepciones dilatorias y las excepciones perentorias.

RECOMENDACIONES

- Estudiar detenidamente lo que implica un proceso civil, para poder defender adecuadamente y satisfacer las exigencias del cliente al momento de enfrentarnos en una contienda judicial.
- Leer detenidamente la demanda pues en ella se conciben todas las pretensiones o afirmaciones que hace el actor, pues este es el inicio del juicio.
- La contestación a la demanda, debe contener los puntos específicos para asegurar una buena defensa.
- Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil.
- Diferenciar concretamente las excepciones dilatorias y las excepciones perentorias.

CAPITULO IV

4. PROPUESTA

Mi propuesta es que se establezca una guía adecuada de las excepciones tanto dilatorias como perentorias a fin de que el profesional del derecho, las pueda proponer sin temor a equivocarse al momento de contestar la demanda.

Ésta no solo serviría para los profesionales sino para los estudiantes, para que tengan un claro concepto de cada una de ellas y así tener éxito en la vida profesional, ya que si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico las enlista pero no establece con exactitud el alcance de ellas.

4.1. Justificación

La presente propuesta busca ilustrar de qué manera se puede aplicar las distintas excepciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico, debido a que en la mayor parte de juicios se pierden al momento de contestar la demanda, al no hacerlo de la manera correcta, puesto que, si bien es cierto, nuestro Código de Procedimiento Civil nos dice qué excepciones podemos proponer al momento de contestar la demanda pero no determina con claridad cómo hacerlo, puesto que se desconoce el verdadero alcance de las mismas

El estudio de las excepciones en juicio: demanda- excepciones, es como: la resistencia, repulsa oposición, reproche o contra ataque que tiene el demandada en contra de las pretensiones del actor, constituye a su vez no solo una de las garantías del derecho a la defensa contemplado en la constitución de la República de Ecuador.

La factibilidad de aplicar correctamente las excepciones sirven al demandado para evitar una sentencia adversa, ya que al estudiar profundamente podremos dilucidar de mejor manera las ideas al momento de defender a las personas que se han visto afectadas en su derechos, ya que éstas son importantísimas al momento de defender cualquier juicio.

En la presente propuesta jurídica hare hincapié en las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil, ya que el tema de esta investigación es de gran trascendencia e importancia, por lo que es un tema innovador. Por ende se busca establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil ya que en la actualidad se usan estos términos para enunciar lo

mismo (excepciones dilatorias y perentorias), lo que produce una confusa aplicación de las mismas.

4.2.1. Objetivos

4.2.1. Objetivo General

Establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil.

4.2.2. Objetivos Específicos

- Analizar las excepciones que puede alegar el demandado en proceso civil.
- Determinar los principales problemas por los cuales no son aplicadas correctamente las excepciones dilatorias y perentorias.
- Comparar la legislación ecuatoriana con otros países para ver como defienden los distintos procesos civiles.
- Crear un instrumento que sirva de guía para contestar adecuadamente a una demanda civil.

4.3. Ubicación sectorial y física

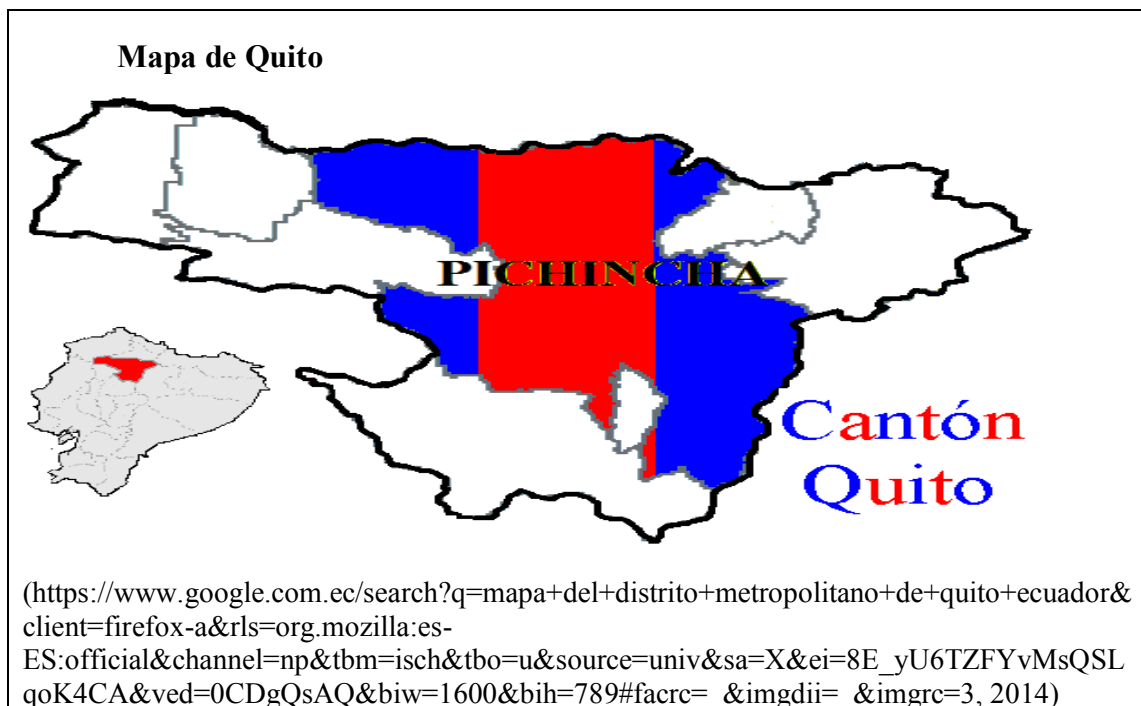
La presente propuesta se encuentra ubicada en Ecuador, a los juzgados de primera instancia de Pichincha exclusivamente Juzgados Civiles.

4.3.1. Mapa

Mapa del Ecuador



(<http://www.codeso.com/TurismoProv01.html>, s.f.)



4.4. Beneficiarios

Los beneficiarios de esta propuesta son a los juzgados de primera instancia de Pichincha exclusivamente Juzgados Civiles, los usuarios y a los estudiantes de la Universidad Central del Ecuador.

4.4.1. Beneficiarios directos

Los beneficiarios directos los juzgados de primera instancia de Pichincha exclusivamente Juzgados Civiles y los usuarios.

4.4.2 Beneficiarios indirectos

Los beneficiarios indirectos de esta propuesta los usuarios y a los estudiantes de la Universidad Central del Ecuador.

4.5 Factibilidad

La factibilidad de la propuesta, es adecuada por el fácil acceso a las causas y a los jueces de lo civil de primera instancia

4.5.1 Factibilidad interna

En cuanto a la factibilidad interna, es factible el acceso a las causa.

4.5.2 Factibilidad externa

La factibilidad a la conversación con los jueces de lo civil de primera instancia en muy conveniente.

4.6 Descripción de la propuesta

La propuesta es, que se establezca una guía adecuada de las excepciones tanto dilatorias como perentorias a fin de que el profesional del derecho, las pueda proponer sin temor a equivocarse al momento de contestar la demanda.

Ésta no solo serviría para los profesionales sino para los estudiantes, para que tengan un claro concepto de cada una de ellas y así tener éxito en la vida profesional, ya que si bien es cierto nuestro ordenamiento jurídico las enlista pero no establece con exactitud el alcance de ellas.

4.7. Cronograma de actividades

Cuadro N° 6 de Cronograma		Sep.				octubre				diciembre			
N°	ACTIVIDADES	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
2	Diseño de los instrumentos de propuesta	x	x										
3	Aplicación de los instrumentos de recolección de la investigación			x	x	x	x						
4	Procesamiento de la información recolectada							x	x				
8	Elaboración de la propuesta									x	x		
9	Aprobación											x	

4.8 Presupuesto

CUADRO N° 7 Presupuesto

GASTOS	
Rubros	Valor en USD
Elaboración del Proyecto	100,00
Material de escritorio	100,00
Copias	150,00
Gastos Administrativos	100,00
Transporte	50,00
Imprevistos	150,00
TOTAL	600,00

4.9. Impactos

En la presente propuesta jurídica hare hincapié en las excepciones dilatorias y perentorias en la defensa del juicio civil, ya que el tema de esta investigación es de gran trascendencia e importancia, por lo que es un tema innovador. Por ende se busca establecer cuáles son las excepciones dilatorias y perentorias y la forma como pueden ser utilizadas dentro de la defensa del juicio civil ya que en la actualidad se usan estos términos para enunciar lo mismo (excepciones dilatorias y perentorias), lo que produce una confusa aplicación de las mismas.

Bibliografía

- Alsina. (1956). *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*; Buenos Aires : Ediar. Socie. Anó; Editores.
- Alsina, H. (2003). *Juicio Ordinario. Clasicos de procediminetos Civiles Tomo I*. mexico: Editorial Juridica Universitaria.
- Azcarate, G. D. (1970). *Colección de Códigos Europeos y Americanos*; . Madrid : Establecimiento Tipográfico de García y Caravera.
- Buenastarea. (02 de 2010). <http://www.buenastareas.com/ensayos/La-Investigaci%C3%B3n-Bibliogr%C3%A1fica/128598.html>. Obtenido de <http://www.buenastareas.com/>: <http://www.buenastareas.com/ensayos/La-Investigaci%C3%B3n-Bibliogr%C3%A1fica/128598.html>
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* . Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L.
- Calamadre. (1963.). *La Relativita del Concepto de Azione, Vol. 16*. Buenos Aires: Edic. Jurídica Europa América.
- Cevallos, A. T. (1978). *Elementos del Derecho Procesal Civil; Tomo I, Editorial U. Católica*; Quito: Editorial U. Católica;.
- Chiovenda. (1947.). *Revista de Derecho Procesal, pág.376, 3ro. Y 4to. Trimestre*. Buenos Aires: Revista de Derecho Procesal, 3ro. Y 4to. Trimestre.
- Codeso. (s.f.). <http://www.codeso.com/TurismoProv01.html>. Obtenido de <http://www.codeso.com/TurismoProv01.html>: <http://www.codeso.com/TurismoProv01.html>
- Constituyente, A. N. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Montecristi: registro oficial.
- Couture, E. (1948.). *Estudios de Derecho Procesal Civil; Tomo I*; Buenos Aires: Ediar. Soc. Anón. Editores.
- Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; . Buenos Aires: Desalma Editor.
- Echandía. (1972). *Teoría General del Proceso; I*; . Bogotá : Temis.

Echandía, D. (1985). *Teoría General del Proceso; Tomo 2*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Echandía, H. D. (1996,). *Compendio de Derecho Procesal, Tomo I: Teoría General del Proceso*. ,Editorial ABC, .

Escriche. (1972). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia; Tomo I*. Cárdenas Editor y Distr.

Escriche. (1979.). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia;Tomo I*. Cárdenas Editor y Distr.

Espinoza. (1974). *Diccionario de la Corte Suprema de Justicia; Tomo I* . . Quito: Editorial Don Bosco.

Falconí, D. J. (2008). *Manual de Práctica Procesal Civil, Vol III*. Quito-Ecuador : Ediciones Rodin.

Goldschmidt, J. (1961). *Principios Generales del Proceso; Pág.79; Tomo I*. Buenos Aires: Jurídica Europa América.

https://www.google.com.ec/search?q=mapa+del+distrito+metropolitano+de+quito+ecuador&client=firefox-a&rls=org.mozilla:es-ES:official&channel=np&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ei=8E_yU6TZFYvMsQSLqoK4CA&ved=0CDgQsAQ&biw=1600&bih=789#facrc=_&imgdii=_&imgrc=3
3. (2014). Obtenido de https://www.google.com.ec/search?q=mapa+del+distrito+metropolitano+de+quito+ecuador&client=firefox-a&rls=org.mozilla:es-ES:official&channel=np&tbm=isch&tbo=u&source=univ&sa=X&ei=8E_yU6TZFYvMsQSLqoK4CA&ved=0CDgQsAQ&biw=1600&bih=789#facrc=_&imgdii=_&imgrc=3

Larreátegui, M. (1982.). *Derecho Romano de las Obligaciones*; . Quito : Editorial Universitaria;

Lovato, D. J. (1976). *Programa Analítico de Derecho Procesal Ecuatoriano, Segunda Edición. Tomo I*. Quito-Ecuador : Segunda Edición.

- Lovato., J. I. (1962.). *Programa Analítico de Derecho Procesal Civil Ecuatoriano;Tomo V; Editorial ;*. Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- Miguel Fenech. (1961). *Derecho Procesal*. Barcelona: Labor.
- Nacional, c. (2007). *Código civil*. Quito: corporacion de estudios y publicaciones.
- Nacional, C. (2012). *Código de Procedimiento Civil, Actualizado a Enero de 2012*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- OMEBA. (1979). *Enciclopedia Jurídica OMEBA*,. Buenos Aires: Driskill S.A.
- Peñaherrera. (1970.). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal; Tomo III; .* Quito : Universitaria.
- Peñaherrera, V. M. (1968-70). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*. Quito : Universitaria.
- Peñaherrera, V. M. (1992). *Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal*. Guayaquil: Edino.
- Rocco, U. (1970). *Tratado de Derecho Procesal Civil, Vol I*. Bogotá.: Editorial Temis.
- Rodríguez. (1970.). *Procedimiento Civil*,. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Sarmiento, D. R. (2008). *Principios Fundamentales del Derecho Procesal; Tomo I*,. Guayaquil-Ecuador : Editores EDILEX S.A.; .
- Troya, C. (1978). *Elementos del Derecho Procesal Civil; Pág. 439; Tomo II*. Quito: Universidad Católica;.
- wikipedia. (27 de abril de 2014).
http://es.wikipedia.org/wiki/Investigaci%C3%B3n_descriptiva. Obtenido de
http://es.wikipedia.org/wiki/Investigaci%C3%B3n_descriptiva:
http://es.wikipedia.org/wiki/Investigaci%C3%B3n_descriptiva